Die

Wiederaufnahme des Konkurses

nach den §§ 198 ff. der Reichskonkursordnung.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Hohen juristischen Fakultät

der

Georg Augusts Universität zu Göttingen

vorgelegt von

Hans Stißer, Referendar.

Buch- und Kunstdruckerei W. Rumpeltin, Burgdorf.
1912.

Referent: Professor Dr. Titze.

Literatur.

I. Gesetze und Materialien.

Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich in der Fassung vom 20. Mai 1898.
Entwurf zur Konkursordnung für das Deutsche Reich.
Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897.
Verhandlungen der Kommission des Reichstages über die Konkursordnung.
Konkursordnung für das Deutsche Reich in der Fassung vom 20. Mai 1898.
Motive zum Entwurfe der Konkursordnung für das Deutsche Reich vom Jahre 1877.
Reichsges. betr. Aenderungen der K.-O. vom 17. Mai 1898.
Preußische Konkursordnung vom 8. Mai 1855.
Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich in der Fassung vom 26. Februar 1876.
Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich vom 1. Februar 1877.

II. Abhandlungen, Lehrbücher und Kommentare.

Bossert: Konkursordnung für das Deutsche Reich von v. Sarwey. 4. Aufl. bearbeitet von G. Bossert 1. Teil 1900.

Dernburg: Lehrbuch des Preußischen Privatrechts von Heinr. Dernburg Bd. 1 u. 2, 5. Aufl. 1894; 1895 Bd. 3 4. Aufl. 1896.

Eccius: Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts. Auf der Grundlage des Werkes von Franz Förster bearbeitet von M. Eccius 7. Aufl. 1896; 1897.

Endemann: Das Deutsche Konkursverfahren, systematisch dargestellt von W. Endemann 1889.

Falkmann: Die Zwangsvollstreckung mit Ausschluß der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, erster Teil 1908.

Fitting: Das Reichskonkursrecht und Konkursverfahren von Herm. Fitting 2. Aufl.

Fuchs: Der Deutsche Konkursprozeß von Dr. Karl Fuchs, Professor in Marburg. 1877.

Hellmann: Lehrbuch des Deutschen Konkursrechtes von Fr. Hellmann 1907.

Hullmann: Die Konkurs-Ordnung, nebst dem Einführungsgesetz. 1879.

Jäger: Die Konkursordnung auf der Grundlage des neuen Reichsrechts 1899.

Kohler: Lehrbuch des Konkursrechts 1891.

Kohler: Leitfaden des Deutschen Konkursrechts für Studierende 1893.

Meisner: Die Deutsche Konkursordnung nebst Einführungsgesetz, dem preuß. Ausführungsgesetz sowie dem Reichs-Anf.-Ges. mit Kommentar.

Meyer: Die Konkursordnung für das Deutsche Reich nebst den zugehörigen Einführungsgesetzen und das Reichsges. betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Kv. Handausgabe 1899.

Oetker: Konkursrechtliche Fragen. In der Festschrift der Rostocker Juristenfakultät zu Winscheids 50jährigem Doktorjubiläum 1888.

Oetker: Konkursrechtliche Grundbegriffe 1891.

Peterßen-Kleinfeller: Konkursordnung für das Deutsche Reich nebst den Einführungsgesetzen, den konkursrechtlichen Bestimmungen des Genossenschaftsgesetzes und dem Anfechtungsgesetze 1900.

Richter: Das Verfahren nach der Konkursordnung 1893.

Schultze: Das Deutsche Konkursrecht in seinen juristischen Grundlagen 1880.

Seuffert: Deutsches Konkursprozeßrecht 1899.

Stieglitz: Die Konkursordnung für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz und dem württembergischen Ausführungsgesetz. 1879.

Sydow-Busch: Konkursordnung und Anfechtungsgesetz 1906.

v. Völderndorff: Die Konkursordnung nebst dem Einführungsgesetz und dem Anfechtungsgesetz. 2. Aufl. 1885.

Wach: Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts 1885.

Wengler: Die Konkursordnung für das Deutsche Reich 1879.

Willenbücher: Die Reichskonkursordnung und ihre Ergänzungsgesetze. 2. Aufl. 1896.

v. Wilmowski: Deutsche Reichskonkursordnung. 5. Aufl. 1896.

Inhalt.

	Seitenzahl
Einleitung	6—7
I. Sachliche Voraussetzungen der Wiederaufnahme des Konkurses	8—11
II. Formelle Voraussetzung der Wiederaufnahme des Konkurses	11—17
III. Das Verfahren vor Erlaß des Wiederaufnahmebeschlusses	17—21
IV. Der Wiederaufnahmebeschluß	21
V. Die Anordnung vorheriger Sicherungsmaßregeln	22—26
VI. Die Wirkung der Wiederaufnahme und die Besonderheiten des wiederaufgenommenen Verfahrens	26—35
VII. Die Aktivmasse	35—38
VIII. Die an dem wiederaufgenommenen Konkurse teilnehmenden Gläubiger	39—42
IX. Die Feststellung der Schuldenmasse und das Verteilungsverfahren	42—43
X. Die Beendigung des wieder aufgenommenen Konkurses	44—47
XI. Verhältnis zwischen dem Antrage auf Wiederaufnahme des früheren Konkurses und dem Antrage auf Eröffnung eines Neukonkurses	47—53
XII. Die Wiederaufnahme des Konkurses nach Beendigung eines inzwischen eröffneten Neukonkurses	53—57

Einleitung.

Außer den regelmäßigen Endigungsgründen des Konkursverfahrens kennt die Konkursordnung noch die Endigung durch Zwangsvergleich, dem gemäß § 190 K. O., sobald er rechtskräftig bestätigt ist, die Aufhebung des Verfahrens zu folgen hat.

Der rechtsgiltig abgeschlossene, rechtskräftig bestätigte und damit wirksam gewordene Zwangsvergleich bildet die endgiltige Grundlage des nunmehrigen Rechtsverhältnisses zwischen dem Gemeinschuldner und den beteiligten Gläubigern. Er behält aber nicht unter allen Umständen seine Gültigkeit; wohl kann er nicht durch Klage zur Aufhebung gebracht, es kann aber seine Unwirksamkeit durch zwei andere Gründe herbeigeführt werden.

Zunächst kann er angefochten werden, wenn er durch Betrug zustande gebracht ist. Zivilrechtlicher Betrug ist hierzu ausreichend. Zur Anfechtung der im Vergleich festgesetzten Beschränkungen seiner Forderung — sei es Erlaß oder Stundung — hat dann jeder Gläubiger volle Befugnis, nicht blos der betrogene, auch nicht blos derjenige, der gegen den Vergleich gestimmt hat.

Die Anfechtung kann durch formlose Erklärung, Klage, Einrede oder Replik dem Schuldner gegenüber geltend gemacht werden [1]) unter der Voraussetzung, daß der Gläubiger ohne sein Verschulden außer Stande war, den Anfechtungsgrund schon in dem Verfahren über die Bestätigung des Zwangsvergleichs in irgend einer Instanz vorzubringen. Erweist sie sich als begründet, so hat das den Erfolg, daß nicht der gesamte Vergleich, sondern nur der Nachlaß, der von dem betreffenden Gläubiger durch den Vergleich bewilligt worden ist, aufgehoben wird, die durch den Vergleich von ihm erlangten Rechte dagegen, insbesondere aus Bürgschaft, Bestellung eines Pfandrechtes oder sonstigen Sicherheit, sowie die Vollstreckbarkeit der Forderung vollständig erhalten bleiben. Folgeweise führt diese Anfechtung, da sie jedem einzelnen Gläubiger nur für den ihn angehenden Erlaß zusteht, nicht zur Wiederaufnahme des Konkurses, sondern nur zur Sonderbefriedigung des einzelnen anfechtenden Gläubigers. Möglich ist allerdings, daß ein neuer Konkurs dadurch hervorgerufen wird, insofern als durch die Anfechtung der Schuldner erneut zahlungsunfähig wird.

Verschieden hiervon und mit ganz anderen Wirkungen ausgestattet ist das Unwirksamwerden des Zwangsvergleichs aus dem Grunde, weil der Gemeinschuldner nach Bestätigung desselben wegen betrüglichen Bankerutts verurteilt ist. Während die Anfechtung nach § 196 K. O.

[1]) Vgl. § 124 B. G. B.

nur individuell wirkt und nur die vergleichsmäßige Beschränkung der Forderung des anfechtenden Gläubigers aufhebt, besteht die Wirkung der rechtskräftig gewordenen strafgerichtlichen Verurteilung zunächst darin, daß der Erlaß, der in dem Zwangsvergleich, sei es als Nachlaß, sei es als Stundung, bewilligt ist, unbeschadet der durch denselben begründeten Rechte ipso jure für sämtliche Gläubiger als aufgehoben gilt, ohne daß es einer Geltendmachung der Anfechtung durch Klage oder Einrede bedarf. Jeder Gläubiger kann in diesem Falle den im Vergleich gewährten Erlaß als unwirksam behandeln, kann also seine ganze Forderung gerichtlich und außergerichtlich geltend machen, ohne daß ihm die durch den Vergleich erworbenen Rechte entzogen werden.

Außerdem genießt er aber noch eine besondere Rechtsstellung: Er hat sogar die Macht, die vergleichsmäßige Aufhebung des Konkurses rückgängig zu machen und eine Wiederaufnahme desselben herbeizuführen.

Anschließend an die Aufhebung des Zwangsvergleichs wird auf Antrag eines Konkursgläubigers das frühere, durch den Zwangsvergleich beendete Konkursverfahren wieder aufgenommen und fortgesetzt.

Diese Wiederaufnahme des Konkurses gemäß § 198 ff. K. O. soll Gegenstand der folgenden Erörterungen sein.

I. Sachliche Voraussetzungen der Wiederaufnahme des Konkurses.

Entsprechend der Insolvenz des Gemeinschuldners als Konkursgrund für das voraufgegangene Verfahren kommt als Grund der Wiederaufnahme lediglich die rechtskräftige Verurteilung des früheren Gemeinschuldners wegen eines in dem früheren Konkurse verübten betrüglichen Bankerutts in irgend einem der Fälle des § 239 K. O. in Betracht. Sie hebt ipso jure für alle Gläubiger, nicht etwa blos für den, der später die Wiederaufnahme beantragt, den durch den Zwangsvergleich begründeten Erlaß auf, unbeschadet der ihm durch den Vergleich gewährten Rechte, wie aus Bürgschaft, Pfandrechten oder sonstigen Sicherheiten (§ 197 K. O.) Es findet also nur eine teilweise, nicht eine vollständige Aufhebung des Zwangsvergleichs statt und nur insoweit, als den Konkursgläubigern Nachteile durch den Zwangsvergleich erwachsen sind.

Ohne Wirkung für die Aufhebung des durch den Zwangsvergleich begründeten Erlasses ist eine eventuell eintretende Begnadigung des Gemeinschuldners, weil diese nur die Vollstreckung der Strafe hindert, bezw. die bereits begonnene Vollziehung derselben aufhebt, während die Verurteilung selbst bestehen bleibt. Die Aufhebung des Zwangsvergleichs und die daraufhin einsetzende Wiederaufnahme des Konkursverfahrens ist aber keine Straffolge des Delikts, sondern nur eine zivilrechtliche Folge der bestehenbleibenden Verurteilung. Es ist dabei auch unerheblich, ob etwa das Gericht mildernde Umstände angenommen hat oder nicht.

Anderseits macht eine im Wiederaufnahmeverfahren erkannte rechtskräftige Freisprechung die bereits erfolgte Aufhebung des Zwangsvergleichs rückgängig, weil sie auch die frühere Verurteilung beseitigt. Welche Wirkungen sich daraus für das Wiederaufnahmeverfahren ergeben, wird später zu erörtern sein. Stirbt der Gemeinschuldner, oder verfällt er in Geisteskrankheit, und ist deshalb seine Verurteilung nicht möglich, so kann auch keine Wiederaufnahme des Verfahrens stattfinden, selbst wenn es noch so klar auf der Hand liegt, daß er einen betrüglichen Bankerutt begangen hat. Daß sich die Verurteilung auf den Konkurs beziehen muß, dessen Beendigung durch Zwangsvergleich in Frage steht, dürfte selbstverständlich sein.[2]) Andere Voraussetzungen

[2]) Kohler, Lehrb. S. 475; Seuffert, S. 416; Fitting, § 46 Note 10; Jäger, Anm. 8 zu § 198 und andere, abw. nur v. Wilmowski, Anm. 5 zu § 184; Wach, S. 23 ff.

werden, soweit es sich um den Wiederaufnahmegrund handelt, dagegen nicht erfordert, insbesondere kommt es nicht darauf an, ob im Momente der Wiederaufnahme Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners vorhanden ist oder nicht. Es ist sogar unerheblich, wenn die Zahlungsfähigkeit ausdrücklich behauptet oder als unzweifelhaft vorhanden anerkannt wird.[3])

Im Gegensatz zum Erstkonkurs, wo die Zahlungsunfähigkeit Konkursgrund ist, bildet hier also allein die rechtskräftige Verurteilung den Wiederaufnahmegrund.

Liegt gleichzeitig die Zahlungsunfähigkeit als Konkursgrund nach § 102 K. O. vor, so kann je nach dem Vorliegen eines entsprechenden Antrages sowohl Wiederaufnahme des früheren wie auch Eröffnung eines neuen Konkurses stattfinden.

Über das rechtliche Verhältnis dieser beiden Anträge zueinander vergl. später.

Neben dem Vorhandensein des Wiederaufnahmegrundes erfordert der § 198 K. O. als sachliche Voraussetzungen weiterhin, daß eine genügende Masse vorhanden ist, oder daß ein zur Deckung der in § 58 Nr. 1 und 2 K. O. bezeichneten Massekosten entsprechender Geldbetrag vorgeschossen wird.

Wann eine genügende Masse vorhanden ist, ergibt die analoge Anwendung der für den Erstkonkurs bestehenden Rechtssätze, und zwar ist entscheidend der Massebestand des augenblicklichen Vermögens, nicht derjenige, der im früheren Verfahren in Betracht kam.

Bei Prüfung der Frage, ob eine entsprechende Masse vorhanden ist, ist nicht zu untersuchen, ob zwischen Kosten und zwischen Masse ein die Durchführung des Konkurses für die Konkursgläubiger lohnendes Verhältnis besteht, sondern ob die Konkursmasse zur Kostendeckung ausreicht. Das ergibt sich deutlich aus der gesetzlichen Vorschrift, daß der Antrag auf Wiederaufnahme nicht abgewiesen werden darf, wenn die Kosten vorgeschossen werden.

Ob eine die Kosten des Verfahrens deckende Konkursmasse vorhanden ist, ist lediglich eine Frage des richterlichen Ermessens. Bei Prüfung dieses Umstandes ist jedoch nicht allein von dem Schätzungswerte der *vorhandenen* Massegegenstände auszugehen. Diese scheiden vielmehr soweit aus, als sie zur Befriedigung absonderungsberechtigter Gläubiger zu verwenden sind, und sind für die Masse nur in Rechnung zu stellen, soweit darnach noch ein für dieselbe verfügbarer Überschuß verbleibt. Ob und in welchem Maße dies der Fall ist, darüber entscheidet ebenfalls das richterliche Ermessen.

Nicht richtig dürfte demgegenüber die Auffassung sein, als Voraussetzung des Wiederaufnahmeverfahrens müsse eine Masse vorhanden sein, die nicht nur die Kosten des Verfahrens decke, sondern aus der auch noch eine Verteilung für die Gläubiger zu erwarten sei, weil

[3]) Endemann, S. 610; Sarwey, Anm. 2 zu § 184.

§ 198 K. O. vom Vorhandensein einer „genügenden" Masse spreche im Gegensatz zu § 107 K. O., wo nur von einer „den Kosten des Verfahrens entsprechenden Masse" die Rede sei. Ein solcher Unterschied ist m. E. aus dem Wortlaut des § 107 und 198 K. O. nicht zu entnehmen.

Die Verschiedenartigkeit der Bestimmungen über die Voraussetzungen von Eröffnung und Wiederaufnahme des Konkurses liegt vielmehr lediglich in Folgendem:

Nach § 107 K. O. *kann* die Abweisung des Eröffnungsantrags erfolgen, wenn nach dem Ermessen des Gerichts eine den Kosten des Verfahrens entsprechende Konkursmasse nicht vorhanden ist; das Gericht hat es hier also in der Hand, auch beim Nichtvorhandensein ausreichender Masse nach freiem Ermessen entweder zu eröffnen oder den hierauf gerichteten Antrag abzulehnen.

Es *muß* eröffnen, wenn ein zur Deckung der im § 58 Nr. 1 und 2 K. O. bezeichneten Massekosten ausreichender Geldbetrag vorgeschossen wird. Es kann aber auch ohne Kostenvorschuß eröffnen.

Anders bei der Wiederaufnahme des Konkurses.

Hier kann das Gericht nicht, wenn eine nach seiner Schätzung nicht genügende Konkursmasse vorhanden ist, nach freiem Ermessen Wiederaufnahme des Konkurses beschließen oder den hierauf gerichteten Antrag ablehnen, sondern letzteres muß geschehen, wenn keine ausreichende Masse vorhanden ist. Das Vorhandensein dieser oder die Leistung von Kostenvorschuß ist notwendige Voraussetzung der Wiederaufnahme im Gegensatz zur Eröffnung.

Bei der Prüfung, ob genügende Masse vorhanden ist, sind auch diejenigen Gegenstände zu berücksichtigen, die voraussichtlich durch Anfechtung für die Masse zurückgewonnen werden können, die also einstweilen noch nicht dazu gehören.

Ist es zweifelhaft, ob die auf diese Weise errechnete Aktivmasse genügt, so dürfte in der Praxis die Wiederaufnahme des Konkurses vorzuziehen sein, weil sie erst eine Anfechtung gemäß § 30 K. O. gewährt, und dem Gericht dann immerhin die Möglichkeit verbleibt, das Verfahren nach § 204 K. O. einzustellen, wenn sich eben ergibt, daß die Konkursmasse zur Deckung der Kosten des Verfahrens nicht ausreicht.

Wird dagegen ein zur Deckung der im § 58 Nr. 1 und 2 K. O. bezeichneten Massekosten ausreichender Geldbetrag vorgeschossen, so muß die Wiederaufnahme des Konkurses erfolgen, ebenso wie das bei der Eröffnung der Fall ist.

In diesem Falle verlangt das Gesetz für die Wiederaufnahme keine weiteren sachlichen Voraussetzungen. Das Verfahren wird also auch wiederaufgenommen, wenn keine genügende Masse vorhanden ist, und nur die Kosten vorgeschossen werden. Somit besteht theoretisch die Möglichkeit, durch Leistung von Kostenvorschuß die Wiederaufnahme des Konkursverfahrens herbeizuführen, selbst wenn eine Masse überhaupt nicht vorhanden, und damit die Aussicht, aus dem wiedereröffneten

Konkurs etwas herauszubekommen vollständig illusorisch ist, ein Fall, der in der Praxis allerdings wohl kaum vorkommen wird.

Wer die im § 58 Nr. 1 und 2 K. O. näher bezeichneten Kosten vorzuschießen hat, ist im Gesetz nicht angegeben. Meist wird es der Antragsteller sein, es kann aber auch irgend ein Dritter tun.

II. Formelle Voraussetzung der Wiederaufnahme des Konkurses.

Formelle Voraussetzung der Wiederaufnahme, die wie die Eröffnung ebenfalls durch einen Beschluß herbeigeführt wird, ist ein gehöriger Antrag.

Was Form und Inhalt desselben anlangt, so sind die Vorschriften über den Eröffnungsantrag maßgebend; sie liefern eine zuverlässige Analogie. Er muß schriftlich bei Gericht eingereicht oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers erklärt werden und ist notwendige Voraussetzung der Wiederaufnahme.

Niemals ist das Konkursgericht berechtigt, ohne einen entsprechenden Antrag den Beschluß auf Wiederaufnahme des Verfahrens von Amtswegen zu erlassen, wie dies z. B. in andern Ländern wie Frankreich und Belgien der Fall ist, und auch noch Bestimmung der preußischen Konkursordnung (§ 206) war; ebensowenig lebt auch das Verfahren etwa von selbst wieder auf.

Das gesetzliche Erfordernis des Antrags ist deshalb gerechtfertigt, weil die früheren Konkursgläubiger, deren Forderungen ipso jure in voller Höhe wieder aufleben, auch in anderer Weise als durch Wiederaufnahme des Konkurses vollständige Befriedigung erlangen können. Deshalb muß es ihrer freien Wahl überlassen bleiben, durch Antrag die Wiederaufnahme herbeizuführen, oder auf anderem Wege gegen den Gemeinschuldner vorzugehen.

Nach § 198 K. O. muß der Antrag von einem „Konkursgläubiger" ausgehen, nicht etwa vom Gemeinschuldner, der ja im gewöhnlichen Konkursverfahren ebenfalls berechtigt ist, einen Antrag auf Eröffnung desselben zu stellen. Dies hat seinen inneren Grund darin, daß jemand auch ohne sein Verschulden in Vermögensverfall geraten und die Übersicht über seine Aktiven und Passiven verlieren kann. Er soll in diesem Falle das Recht haben, eine definitive Klarstellung seiner Verhältnisse dadurch herbeiführen zu können, daß er selbst Konkurseröffnung gegen sich beantragt. Ist jemand dagegen wegen betrüglichen Bankerutts verurteilt, so trifft ihn ein erhebliches Verschulden. Es ist deshalb gerechtfertigt, ihn in diesem Falle schlechter zu stellen als den ehrlichen Gemeinschuldner und ihm das Recht, selbst Wiederaufnahme des Konkurses zu beantragen, nicht zu geben.

Zweifelhaft kann sein, wer unter dem Begriff der antragsberechtigten Konkursgläubiger zu verstehen ist.

Jedenfalls fallen darunter die nichtbevorrechtigten Gläubiger, die an dem Zwangsvergleich teilgenommen haben, hinsichtlich ihrer ursprünglichen Forderung in dem früheren Verfahren aber nicht voll befriedigt sind. Dazu gehören auch die Absonderungsberechtigten, soweit sie keine abgesonderte Befriedigung erlangt, sondern ihren Ausfall (Rest der Forderung) als gewöhnliche Konkursgläubiger geltend gemacht und damit am Zwangsvergleich teilgenommen haben, ferner soweit sie auf abgesonderte Befriedigung verzichtet und deshalb von vornherein als gewöhnliche Konkursgläubiger anzusehen waren.

Gleichgiltig ist dabei, ob die Nichtbefriedigung dieser Konkursgläubiger darauf zurückzuführen ist, daß sie ihre volle Akkordrate nicht oder noch nicht erhalten haben, oder ob sie hinsichtlich dieser voll befriedigt sind; denn durch die rechtskräftige Verurteilung des Gemeinschuldners wird der durch den Zwangsvergleich begründete Erlaß der Forderungen unbeschadet der den Gläubigern dadurch gewährten Rechte wiederaufgehoben. Sie sind also, auch wenn sie die volle Akkordrate erhalten haben, hinsichtlich des dem Gemeinschuldner durch den Zwangsvergleich erlassenen Restes solange nicht voll befriedigt, ehe sie nicht auch diesen erhalten haben, mithin als Konkursgläubiger antragsberechtigt.

Im Übrigen kommt es bei der Berechtigung zur Stellung des Wiederaufnahmeantrags nicht darauf an, ob der Gläubiger seine Forderung schon im früheren Konkurse angemeldet hatte oder nicht, weil sich der Zwangsvergleich auch auf die nicht angemeldeten Forderungen erstreckt, § 193 K. O., wie es denn auch gleichgiltig ist, ob die Forderung des betreffenden Gläubigers etwa bedingt oder betagt war. Über die Antragsberechtigung dieser vom Zwangsvergleich direkt betroffenen Gläubiger herrscht auch unter den Kommentaren völlige Einigkeit.

Damit ist jedoch der Kreis der Antragsberechtigten nicht erschöpft. Über die Frage ob auch etwaigen neuen Gläubigern und den im vorigen Konkurse bevorrechtigten Gläubigern das Antragsrecht zusteht, herrscht lebhafte Meinungsverschiedenheit. Seuffert[4]) ist der Ansicht, daß nur „jeder vom Zwangsvergleich betroffene Gläubiger das Recht hat, eine Wiederaufnahme des Konkurses herbeizuführen, nicht dagegen ein unbefriedigt gebliebener bevorrechtigter Gläubiger, weil an seinem Rechte der Zwangsvergleich nichts geändert habe, und deswegen auch die rechtskräftige Verurteilung des Gemeinschuldners wegen betrüglichen Bankerutts nichts daran ändern könne. Der bevorrechtigte Gläubiger könne deshalb wohl einen neuen Konkurs, nicht aber Wiederaufnahme des früheren Konkurses beantragen".

Gleicher Meinung scheint Endemann[5]) zu sein, der den Antrag auf Wiederaufnahme nur den Gläubigern, „die in dem durch Zwangs-

[4]) Seuffert, S. 448 Anm. 1.

[5]) Endemann, S. 610; ebenso: Peterßen-Kleinfeller, Bem. 1 zu § 198; v. Sarwey, Nr. 1 zu § 198; v. Wilmowski, S. 508, Anm. 2 Nr. 2.

vergleich erledigten Verfahren als Konkursgläubiger aufgetreten und daher an dem Zwangsvergleich beteiligt gewesen sind", geben will.

Dagegen gibt Oetker[6]) den Konkursaufnahmeanspruch „den früheren Konkursgläubigern, auch wenn ihre Forderungen zur Zeit des früheren Konkurses bedingt oder betagt waren oder es noch sind, nicht nur den aktiven Teilnehmern am früheren Konkurse, nicht nur den Gläubigern für und gegen welche der rechtskräftig bestätigte Zwangsvergleich wirksam war, dagegen nicht den neuen Gläubigern und selbstverständlich nicht dem Gemeinschuldner, mit andern Worten, den früheren Konkursgläubigern ohne Rücksicht auf die Teilnahme am früheren Konkurse und auf Akkordgebundenheit z. B. jedem privilegierten Gläubiger, dem entgegen § 191 II. K. O. Zahlung bezw. Sicherstellung nicht zuteil geworden ist, oder der den Voraussetzungen dieses Paragraphen nicht zu entsprechen vermochte".

Auch Fitting[7]) und Jäger[8]) geben den Wiederaufnahmeanspruch „jedem früheren noch nicht vollständig befriedigten Konkursgläubiger", also auch den Bevorrechtigten, während Völderndorff[9]) sogar etwaigen neuen Gläubigern diesen Anspruch zugesteht. Letzteres dürfte indessen auf jeden Fall zu weit gehen.

Nach der im § 3 K. O. gegebenen Definition ist Konkursgläubiger nur, wer einen zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens begründeten persönlichen Vermögensanspruch an den Gemeinschuldner hat.

Die Forderungen der neuen Gläubiger bestanden nun zur Zeit, wo das dem Zwangsvergleich vorausgehende Verfahren eröffnet wurde, überhaupt noch nicht. Dieses war deswegen für sie bedeutungslos, weil sie in keiner Weise daran teilnehmen konnten.

Schon daraus folgt, daß die neuen Gläubiger auch keine „Konkursgläubiger" im Sinne des § 198 K. O. und dementsprechend auch zur Stellung des Antrags auf Wiederaufnahme des Konkurses nicht berechtigt sind, daß vielmehr „Konkursgläubiger" auch im Sinne des § 198 K. O. nur solche Gläubiger sind, die schon in dem dem Zwangsvergleich vorausgehenden Konkursverfahren eine Forderung gegen den Gemeinschuldner geltend machen konnten, die also bereits Konkursgläubiger *gewesen* sind, nicht dagegen diejenigen, die erst nach der rechtskräftigen Bestätigung des Zwangsvergleichs eine Forderung gegen den Gemeinschuldner erworben haben. Diese werden vielmehr erst dann Konkursgläubiger, wenn sie mit ihrer Forderung am Konkursverfahren teilnehmen können, also *nach* dem Erlaß des Wiederaufnahmebeschlusses.

Zu Zweifeln könnte allerdings der Wortlaut des § 200 Abs. 2 K. O. Anlaß geben, nach dem die neuen Gläubiger zur Teilnahme an dem wiederaufgenommenen Verfahren berechtigt sind.

---

[6]) Oetker, Fragen S. 77; ähnlich Willenbücher, S. 259 Anm. 1; Kohler, Lehrbuch S. 501 Abs. 3; Oetker, Grundbegriffe S. 193, 194.

[7]) Fitting, S. 450, 451 III, Anm. 7.

[8]) Jäger, S. 648, Anm. 2 a zu § 198.

[9]) v. Völderndorff, Bd. 2, S. 634 Anm. c zu § 184.

Bevor nämlich der Erstkonkurs eröffnet ist, spricht die Konkursordnung bereits von Konkursgläubigern, die zur Stellung des Konkursantrags berechtigt sind (§ 103 K. O.), obwohl von „Konkursgläubigern" im eigentlichen Sinne erst dann die Rede sein kann, wenn tatsächlich ein Konkursverfahren eröffnet ist.

Das Gesetz bezeichnet also hier hypothetisch bereits diejenigen als Konkursgläubiger, die später an dem Verfahren teilnehmen können. Es liegt deshalb die Auffassung nahe, daß auch bei der Wiederaufnahme — der ja auch ein dem Eröffnungsbeschluß in vielen Punkten ähnlicher Beschluß voraufgeht, und die nicht nur Fortsetzung des Erstkonkurses, sondern auch zugleich neuer Konkurs ist — der § 198 unter „Konkursgläubiger" alle diejenigen verstehen könnte, die später nach Wiederaufnahme des Verfahrens zur Teilnahme an demselben berechtigt sind, mithin auch die im § 200 Abs. 2 K. O. ausdrücklich zugelassenen neuen Gläubiger.

Wäre das der Fall, so könnte man ihnen auch das Recht zur Stellung des Antrags auf Wiederaufnahme nicht versagen.

Dem widerstreitet aber die Erwägung, welches der Zweck und der Sinn der Wiederaufnahme des Konkurses ist, und was der Gesetzgeber mit der Schaffung derselben beabsichtigt hat.

Das kann nur sein, diejenigen, die infolge des betrüglichen Bankerutts des Gemeinschuldners in irgend einer Weise benachteiligt sind, besonders zu schützen.[10]) Ihnen soll die Möglichkeit verschafft werden, ihre Nachteile wieder auszugleichen; sie sollen besser gestellt werden als die anderen durch den betrüglichen Bankerutt nicht benachteiligten Gläubiger und darum in der Lage sein, durch Stellung eines entsprechenden Antrags die Wiederaufnahme des früheren Konkursverfahrens herbeizuführen. Auch andern, die infolge des betrüglichen Bankerutts des Gemeinschuldners und des Zwangsvergleichs hinsichtlich ihrer Forderungen in keiner Weise berührt sind, ein solches Antragsrecht zu geben, dafür liegt kein innerer Grund vor.

In erster Linie sind naturgemäß benachteiligt die nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger, die zu einem teilweisen Erlaß ihrer Forderung im Zwangsvergleich veranlaßt sind. Sie haben infolgedessen an der Wiederaufnahme des früheren Konkurses, an dem sie anders wie im Neukonkurse mit dem vollen Betrage ihrer ursprünglichen Forderung teilnehmen, ein besonderes Interesse. Deshalb ist in allen Fällen ihnen das Recht, die Wiederaufnahme durch Antrag herbeizuführen, zu gewähren, während es den neuen Gläubigern aus den eben erwähnten Gründen unbedingt versagt werden muß.[11])

Für die Richtigkeit dieser Auffassung spricht ferner noch der Umstand, daß im § 200 Abs. 2 K. O. nur von einer Teilnahme der neuen Gläubiger an dem wiederaufgenommenen Verfahren die Rede ist. Es

[10]) Ähnlich Peterßen-Kleinfeller S. 607 Bem. 2 zu § 201.

[11]) So Jäger Seite 648 zu § 198; Fitting § 50 Nr. 2; v. Wilmowsky S. 487; v. Sarwey S. 187; Stieglitz S. 664; Peterßen-Kleinfeller S. 492.

wird also das Vorhandensein des Wiederaufnahmeverfahrens schon vorausgesetzt, bevor die neuen Gläubiger teilnehmen können. Daraus folgt ebenfalls, daß sie den Beginn eines solchen nicht durch Stellung eines entsprechenden Antrags herbeiführen können. Sie haben vielmehr ebenso wie der Gemeinschuldner lediglich das Recht, die Eröffnung eines Neukonkurses zu beantragen.

Selbstverständlich steht letzteres Recht wie jedem Gläubiger so auch denjenigen zu, die zur Stellung des Antrags anf Wiederaufnahme des früheren Verfahrens berechtigt sind. Diese können also alternativ nach freier Wahl den Antrag auf Neukonkurs oder auf Wiederaufnahme des früheren Verfahrens stellen.

Den bevorrechtigten Gläubigern des früheren Verfahrens ist ebenfalls trotz ihrer Nichtbeteiligung am Zwangsvergleich das Antragsrecht zu geben, natürlich unter der Voraussetzung, daß ihre Forderungen nicht in Gemäßheit des § 191 Abs. 2 K. O. gedeckt sind, wenn sie also zwar festgestellt aber nicht berichtigt, oder glaubhaft gemacht aber nicht sicher gestellt sind. Auch diese Gläubiger sind Konkursgläubiger des früheren Verfahrens und abgesehen davon, daß ihren Forderungen eine besondere Rangordnung bei der Befriedigung zukommt, unterscheiden sie sich durch nichts von den übrigen Konkursgläubigern. Schon rein äußerlich geht das aus der Einfügung der Bestimmungen über ihre Rangordnung unter Titel 8 Buch I der Konkursordnung, der „Konkursgläubiger" überschrieben ist, hervor.

Ferner spricht dafür auch noch der innere Grund, daß sie sehr wohl infolge des betrüglichen Bankerutts des Gemeinschuldnes benachteiligt sein können, wenn auch nicht in dem von Seuffert verlangten Sinne, daß der Zwangsvergleich unmittelbar an ihren Forderungen etwas geändert hat.

Regelmäßig werden ihre Forderungen im Erstkonkurs gemäß § 191 Abs. 2 K. O. ebenso wie die der Massegläubiger vorweg in voller Höhe aus der Masse berichtigt, insoweit sie festgestellt sind und, insoweit sie glaubhaft gemacht sind, sichergestellt. Im Allgemeinen werden daher diese Gläubiger von dem Zwangsvergleich allerdings überhaupt nicht getroffen werden. Dann haben sie naturgemäß keinen Wiederaufnahmeanspruch, weil für sie kein Forderungsnachlaß stattgefunden hat, und ihre Lage weder durch den betrüglichen Bankerutt noch durch den Zwangsvergleich in irgend einer Weise berührt ist.

Zu berücksichtigen ist dabei, daß der Vorrang nicht von Amtswegen festgestellt wird, sondern angemeldet sein muß. Ist das nicht der Fall, so werden ihre Forderungen wie gewöhnliche Konkursforderungen behandelt, der Vorrang geht verloren, sie nehmen dann auch unter den gewöhnlichen Bedingungen am Zwangsvergleich teil und haben als nicht bevorrechtigte Konkursgläubiger aus diesem Grunde einen Wiederaufnahmeanspruch. Ist dagegen der Vorrang angemeldet, und sind die bevorrechtigten Forderungen nicht in Gemäßheit des § 191 Abs. 2 K. O. gedeckt, so ergibt sich die Möglichkeit der Benachteiligung

dieser Gläubiger durch den betrüglichen Bankerutt und den Zwangsvergleich aus Folgendem:

Durch die infolge des Zwangsvergleichs herbeigeführte Aufhebung des Verfahrens erhält der Gemeinschuldner die freie Verfügung über die Konkursmasse zurück gemäß § 192 K. O. Allerdings soll das Gericht den auf den Zwangsvergleich folgenden Aufhebungsbeschluß nicht eher erlassen, als der Konkursverwalter die bevorrechtigten Gläubiger befriedigt oder sicher gestellt hat.

Ist dies nicht geschehen, so haftet den bevorrechtigten Gläubigern zwar der Konkursverwalter persönlich nach § 82 K. O., ihre nachträgliche Befriedigung aus der Masse gemäß § 191 Abs. 2 K. O. ist aber ausgeschlossen. Ihre Stellung dem Gemeinschuldner gegenüber ist insofern schlechter geworden, als dieser nun über die vorher beschlagnahmte Masse, die ihnen für ihre Forderungen eine Sicherheit zu bieten im stande war, wieder frei verfügen kann, § 192 K. O.

Den Gründen von Seuffert,[12]) daß nämlich der Zwangsvergleich selbst an ihren Forderungen unmittelbar nichts geändert habe, ist insoweit beizutreten. Wohl aber hat die infolge der rechtskräftigen Bestätigung des Zwangsvergleichs zustande gekommene Aufhebung des Konkursverfahrens eine mindere Sicherheit der gedachten Gläubiger dem Gemeinschuldner gegenüber bewirkt. Mag dies auch zum Teil auf ein Versehen des Gerichts oder auf ein Verschulden des Konkursverwalters mit zurückzuführen sein, so ist es doch immerhin auch als eine Folge des durch Betrug zustande gekommenen Zwangsvergleichs anzusehen, und dürften dadurch wenigstens mittelbar die Forderungen der bevorrechtigten Gläubiger ebenfalls entgegen der Meinung Seufferts verändert sein.

Die Wiederaufnahme des Verfahrens bietet diesen Gläubigern aber die Möglichkeit, die erfahrene Beeinträchtigung durch den Konkursverwalter, der ja ebenfalls wieder in Funktion tritt, abstellen zu lassen, weil wieder eine Beschlagnahme der Masse stattfindet, die ihnen jetzt wieder haftet und aus der sie jetzt wieder Befriedigung erlangen können.

Auch die bevorrechtigten Gläubiger haben somit ein besonderes Interesse an der Wiederaufnahme des Konkurses, indem sie ihnen die Möglichkeit bietet, die Nachteile, die sie in dem durch den Zwangsvergleich beendeten Konkurse ohne eigenes Verschulden erlitten haben, wieder auszugleichen.

Aus diesem Grunde also muß man ihnen die Möglichkeit gewähren, die Wiederaufnahme des Verfahrens durch Antrag herbeizuführen.

Zum Vorliegen eines gehörigen Antrages gehört natürlich noch, daß er auch bei dem zuständigen Gerichte gestellt wird. Für die Wiederaufnahme des Konkurses kann dies entsprechend dem Grundsatze, daß sie Fortsetzung des früheren Verfahrens ist, nur dasjenige Gericht

[12]) Seuffert S. 448 Anm. 1.

sein, bei dem der Erstkonkurs geschwebt hat, weil hier gemäß § 71 Abs. 2 K. O. die ausschließliche Zuständigkeit durch den Eröffnungsbeschluß bereits begründet ist, während anderseits für die Eröffnung eines neuen Konkurses das Gericht des früheren Verfahrens wie auch möglicherweise ein anderes zuständig sein kann.

III. Das Verfahren vor Erlaß des Wiederaufnahmebeschlusses.

Um einen Wiederaufnahmebeschluß herbeizuführen, hat der Antragsteller analog § 105 Abs. 1 K. O. seine Forderung und den Wiederaufnahmegrund glaubhaft zu machen.

Er muß also seine Antragsberechtigung, d. h. seine Konkursgläubigereigenschaft und das Vorhandensein einer im Erstverfahren anmeldbaren Forderung dartun, sowie ferner, daß der Gemeinschuldner wegen betrüglichen Bankerutts rechtskräftig verurteilt ist. Daraus folgt auch, daß der Wiederaufnahmeantrag frühestens zulässig ist im Augenblicke der Rechtskraft des Strafurteils; denn früher kann eine rechtskräftige Verurteilung des Gemeinschuldners nicht glaubhaft gemacht werden.

Es genügt hierzu, wenn dem Gerichte die Überzeugung von der Wahrscheinlichkeit beider Tatsachen von dem Antragsteller beigebracht wird.

Hellmann[13]) will das freilich nicht genügen lassen, sondern verlangt, daß diese beiden Voraussetzungen ebenso wie das behauptete Vorhandensein einer genügenden Masse dem Gerichte bewiesen werden müsse. Auch Wilmowski[14]) und Seuffert[15]) verlangen, wenn auch nur die Glaubhaftmachung der Forderungen, so doch wenigstens den Nachweis der Verurteilung.

Es ist nicht ersichtlich, warum insoweit von der analogen Anwendung des § 105 Abs. 1 K. O. abgewichen werden soll. Praktisch wird es hier meist auf dasselbe hinauskommen, ob glaubhaft gemacht oder bewiesen wird.

Der Antragsteller wird sich zum Zwecke der Glaubhaftmachung seiner Forderung gewöhnlich auf die Feststellung derselben in dem früheren Konkurse berufen, dessen Akten sich ja bei dem für das Wiederaufnahmeverfahren zuständigen Gerichte befinden, und bezüglich der Verurteilung ebenfalls auf die Gerichtsakten. Beides kommt einem Beweise ziemlich gleich, da beide Akten sowieso heranzuziehen sind. Das Gericht hat dann ebenso wie im Eröffnungsverfahren zunächst nur in

---

[13]) Hellmann S. 557 Abs. 2.
[14]) von Wilmowski S. 508 Anm. 2 zu § 198.
[15]) Seuffert, § 57 Abs. 5.

eine Vorprüfung darüber einzutreten, ob der Antrag zulässig ist. Hierzu dürfte m. E. bloße Glaubhaftmachung beider Tatsachen ausreichend sein. Die Feststellung der Forderung im früheren Konkurse und die Notorietät der Verurteilung ersetzen natürlich die Glaubhaftmachung. Auf letztere finden selbstverständlich die Vorschriften der C. P. O. Anwendung (§ 294).

Ob der Antrag auf Wiederaufnahme auch begründet und letztere deshalb zu beschließen ist, hängt sodann davon ab, ob das Gericht von dem Vorhandensein des Wiederaufnahmegrundes und dem Bestehen der Forderung Gewißheit erlangt, sowie die Zulänglichkeit der Masse zur Kostendeckung oder die Leistung eines ausreichenden Kostenvorschusses festgestellt hat. Der Beweis von dem Vorhandensein des Wiederaufnahmegrundes und dem Bestehen der Forderung dürfte in den meisten Fällen wie gesagt, ohne die betreffenden Gerichtsakten kaum zu führen sein. Geschieht dies trotzdem auf irgend eine andere Weise, z. B. durch Bescheinigungen, so ist vom Gericht auch daraufhin, falls die Masse zur Kostendeckung ausreicht oder ein hinreichender Vorschuß geleistet ist, der Wiederaufnahmebeschluß zu erlassen.

Hellmann hat insofern Recht, daß die Voraussetzungen bewiesen werden müssen, ehe ein Wiederaufnahmebeschluß erlassen wird; daß der Beweis dagegen Sache des Antragstellers ist, dürfte m. E. zuviel verlangt sein. Es genügt vielmehr zunächst, daß er seine Antragberechtigung und den Wiederaufnahmegrund glaubhaft macht. Daraufhin hat dann das Gericht die erforderlichen Ermittelungen anzustellen und das tatsächliche Vorhandensein der Voraussetzungen zu prüfen, ehe es den Beschluß erläßt.[16])

Dieser Standpunkt wird auch von den übrigen Kommentaren vertreten.

Folgerichtig führt Hellmann[17]) nun weiter aus, daß ein besonderes Zulassungsverfahren (wenn nämlich der Antragsteller vor Zulassung seines Antrages schon alle Voraussetzungen beweisen muß) und dementsprechend eine der Entscheidung vorhergehende Anhörung des Gemeinschuldners nicht nötig ist.

Wie in Ausführung ihrer Ansicht das nicht anders erwartet werden kann, sind die angeführten Kommentare anderer Meinung.

Wird der Antrag schon zugelassen, wenn nur die beiden erwähnten Voraussetzungen glaubhaft gemacht sind, und muß sich das Gericht bei Feststellung der Begründetheit des Antrags, und bevor es eine Entscheidung erläßt, erst Gewißheit über das Vorhandensein bezw. Fehlen der Voraussetzungen verschaffen, so liegt es in der Natur der Sache, daß dies nur durch eine Art präparatorisches Verfahren geschehen kann, in dem eben die sämtlichen Voraussetzungen zu prüfen und die ev. erforderlichen Ermittelungen vom Gericht anzustellen sind, ob z. B. der

[16]) So auch Jäger § 198 Anm. 3; Oetker Gbg. S. 194; Peterßen-Kleinfeller Anm. 9.

[17]) Hellmann S. 557 Abs. 3.

Gemeinschuldner wegen betrüglichen Bankerutts rechtskräftig verurteilt ist, ob nicht durch ein bereits anhängiges Konkursverfahren die Wiederaufnahme einstweilen ausgeschlossen ist, ob der Antragsteller prozeßfähig und zum Antrage berechtigt ist, ob eine den Kosten des Verfahrens entsprechende Masse oder ein zur Deckung der im § 58 Nr. 1 und 2 bezeichneten Massekosten ausreichender Vorschuß vorhanden ist.[18])

Über die Frage, ob in diesem Verfahren auch der Gemeinschuldner analog § 105 Abs. 2 K. O. zu hören ist, herrscht Meinungsverschiedenheit.

Hellmann[19]) schließt dies wie gesagt mitsamt dem präparatorischen Verfahren aus.

Seuffert[20]) steht auf dem Standpunkt, daß das Gericht den Gemeinschuldner hören kann, notwendig sei dies aber nicht im Gegensatz zu der Bestimmung des § 105 Abs. 2 K. O. Diese Vorschrift eigne sich nicht zur entsprechenden Anwendung auf die Wiederaufnahme des Konkurses, weil der Aufnahmegrund, d. i. die Verurteilung im Gegensatz zur Zahlungsunfähigkeit eine Tatsache sei, über die der Schuldner nichts zu erklären habe.

Jäger[21]) hält dagegen die Anhörung des Gemeinschuldners nach Analogie des § 105 Abs. 2 K. O. nicht nur für möglich, sondern für geboten; der Wiederaufnahmegrund, die rechtskräftige Verurteilung, sei zwar eine Tatsache, bei der das Einräumen des Schuldners keine Rolle spiele, er könne aber bei dieser Gelegenheit andere wichtige Punkte z. B. die Gläubigereigenschaft des Antragstellers, die Zulänglichkeit der Masse zur Kostendeckung, eine bereits erfolgte Eröffnung eines neuen Konkurses durch ein anderes Gericht u. s. w. näher aufklären.

Endemann[22]) scheint gleichfalls der Meinung zu sein, daß der Gemeinschuldner gehört werden muß: „über den Antrag auf Wiedereröffnung wird analog wie über den Antrag auf Konkurseröffnung verhandelt."

Das Richtige dürfte hier nicht schwer zu treffen sein. M. E. darf nicht daraus, daß beim Erlaß des Wiederaufnahmebeschlusses analog dem Eröffnungsbeschluß zu verfahren ist, ohne weiteres gefolgert werden, daß auch der § 105 Abs. 2 K. O. in allen Fällen anzuwenden, und demgemäß der Gemeinschuldner gehört werden muß. Auch beim Eröffnungsbeschluß ist das schon nicht absolut nötig. Der Passus im § 105 „hat zu hören", dürfte vielmehr dahin aufzufassen sein, daß ihm Gelegenheit zu geben ist, sich zu äußern.[23]) Leistet er der Ladung keine Folge, so kann beim Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen trotzdem der

[18]) Jäger zu § 105.
[19]) Hellmann S. 557 Abs. 3.
[20]) Seuffert S. 450 Anm. 5.
[21]) Jäger, Anm. b zu § 198; Ebenso Oetker Ggb. S. 195 Abs. 1; Sarwey Anm. 3 zu § 198.
[22]) Endemann S. 611 Abs. 1.
[23]) So u. a. Willenbücher, S. 174 Anm. 4 zu § 105; Jäger, zu § 105.

Eröffnungsbeschluß ergehen. Das wieder aufgenommene Verfahren ist gemäß § 201 Abs. 1 K. O. aber grundsätzlich nur soweit als nötig zu wiederholen. Der Grundsatz der Konkursfortsetzung schlägt hier durch, und dem entsprechend würde m. E. der Gemeinschuldner auch nur dann zu hören sein, soweit eine solche wiederholte Anhörung sich als nötig erweisen sollte. Letzteres ist aber in das Ermessen des Gerichts gestellt, und es kommt dabei immer auf den einzelnen Fall an. Ein unbedingtes Recht, gehört zu werden, hat der Gemeinschuldner mithin nicht.

Auch andere Erwägungen führen zu dem gleichen Resultat.

Zutreffend ist allerdings Hellmann's Ausführung, daß bei der Wiederaufnahme der Grund, nämlich die rechtskräftige Verurteilung des Gemeinschuldners, eine Tatsache ist, bei der es gleichgiltig ist, ob dieser einräumt oder nicht; aber daraus zu folgern, daß deshalb bei der Wiederaufnahme des Konkurses von der Anhörung des Kridars Abstand genommen werden müsse, enspricht auch nicht der ratio des § 105 K. O.

Das Gesetz sagt nicht im Einzelnen, über welche Gegenstände der Gemeinschuldner zu hören ist, insbesondere nicht, daß er nur über den Konkursgrund sich äußern müsse. Aus der Fassung des § 105 K. O. kann dies nicht ohne weiteres gefolgert werden. Auch andere Umstände, wie z. B. daß ein anderer Konkurs bereits eröffnet, daß keine hinreichende Masse vorhanden sei, wird der Gemeinschuldner geltend machen können. Bestreitet er indeß seine Zahlungsunfähigkeit, also das Vorhandensein des Konkursgrundes, so muß das Gericht zwecks Feststellung desselben die erforderlichen Ermittelungen erheben. Ist es aber trotz des Bestreitens von der Zahlungsunfähigkeit bereits überzeugt, so kann es dieselbe feststellen, ohne weitere Ermittelungen anzustellen, weil diese eben nicht mehr erforderlich sind. Gibt der Gemeinschuldner aber den Konkursgrund zu, so braucht anderseits das Gericht ihm nicht zu glauben. Sein Geständnis ist für dasselbe nicht bindend, es kann gleichwohl Ermittelungen anordnen, soweit es diese für erforderlich hält, aber auch den Konkurs sofort eröffnen.[24]) § 105 Abs. 2 K. O. ist also auch nicht dahin zu interpretiren, daß die Einräumung des Konkursgrundes das Gericht ohne Weiteres von der Erhebung jeder Ermittelung entbindet.

Auch wenn der Gemeinschuldner seine Zahlungsunfähigkeit einräumt, und ihm das Gericht glaubt, kann es trotzdem gemäß § 75 K. O. zur Aufklärung aller übrigen das Verfahren betreffenden Verhältnisse Ermittelungen anstellen, in welcher Art und Richtung es dieselben für erforderlich erachtet. Es steht dem also nichts entgegen, daß auch der Gemeinschuldner wiederholt gehört wird, gleichgiltig, in welchem Stadium des Konkurses.

---

[24]) So Jäger, § 105 Anm. 2 II; Seuffert, S. 143 Abs. 2; v. Wilmowski, Anm. 3 zu § 198.

Da die Wiederaufnahme eine Fortsetzung des früheren Verfahrens ist, so ergibt auch die analoge Anwendung des § 75 K. O., daß der Gemeinschuldner auch im präparatorischen Verfahren vor Erlaß des Wiederaufnahmebeschlusses gehört werden kann, falls es das Gericht zur Aufklärung irgend welcher Umstände für erforderlich erachtet, mag man nun die Anhörung desselben aus § 105 Abs. 2 in Verbindung mit § 201 Abs. 1 K. O. oder aus § 75 K. O. rechtfertigen. Praktisch dürfte danach in den meisten Fällen, wie Jäger[25]) will, die Anhörung des Gemeinschuldners geboten sein.

IV. Der Wiederaufnahmebeschluß.

Ergibt die Hauptprüfung, daß alle Voraussetzungen als vorliegend anzunehmen sind, so findet die Wiederaufnahme des Konkursverfahrens statt. Da die Aufhebung des früheren Verfahrens öffentlich bekannt gemacht, und der Gemeinschuldner die freie Verfügung über sein Vermögen wiedererlangt hatte, so muß die Wiederaufnahme in den Formen und mit den Wirkungen einer Eröffnung geschehen.

Das Gericht erläßt also einen Wiederaufnahmebeschluß, oder es lehnt beim Fehlen einer der Voraussetzungen den Antrag auf Wiederaufnahme entweder als unzulässig oder als unbegründet ab, je nach dem, welcher der oben entwickelten Gründe die Ablehnung rechtfertigt.

Gegen den Wiederaufnahmebeschluß hat der Gemeinschuldner die sofortige Beschwerde, gegen den die Wiederaufnahme ablehnenden Beschluß der Abgewiesene in analoger Anwendung der §§ 72 und 109 K. O.

Ueber das Beschwerdeverfahren finden die entsprechenden Vorschriften der C. P. O. Anwendung.

Der Wiederaufnahmebeschluß ist analog dem Eröffnungsbeschluß zu fassen.

Gemäß § 198 Abs. 2 K. O. finden auf den Zeitpunkt der Wiederaufnahme und auf die Bekanntmachung derselben die §§ 108, 111, 112 und 113 K. O. entsprechende Anwendung.

Der Beschluß ist also, außer der im § 76 Abs. 1 K. O. geregelten öffentlichen Bekanntgabe im Reichsanzeiger auszugsweise einzurücken, den ihrem Wohnorte nach bekannten Gläubigern und Schuldnern des Gemeinschuldners besonders zuzustellen, den Register- und Dienstbehörden mitzuteilen und gegebenenfalls auch ebenso wie die Eröffnung in analoger Anwendung des § 32 H. G. B. im Handelsregister und eventuell im Grundbuch einzutragen.

Ferner soll Tag und Stunde der Beschlußerlassung angegeben werden; bei Unterlassung dieser Angabe gilt die Mittagsstunde des Erlassungstages als Zeitpunkt der Wiederaufnahme.

---

[25]) Jäger, Anm. b zu § 198.

V. Die Anordnung vorheriger Sicherheits-Maßregeln.

Schon vor der rechtskräftigen Verurteilung des Gemeinschuldners kann das Konkursgericht gemäß § 197 Abs. 2 K. O. auf Antrag eines Gläubigers Sicherheits-Maßregeln gegen jenen anordnen, und zwar hat es dabei in erster Linie im Interesse der Wiederaufnahme zu handeln, nicht im Interesse der besonderen Sicherstellung einzelner Gläubiger, z. B. der Antragsteller. Die Vorschrift des § 197 Abs. 2 K. O. hätte deswegen auch zweckmäßiger ihren Platz unter § 198 K. O. gefunden.

Wie lange vorher und unter welchen näheren Voraussetzungen dies zulässig ist, darüber sagt das Gesetz nichts Bestimmtes, sondern stellt es dem richterlichen Ermessen anheim. Das geht aus der Fassung des Textes „kann anordnen" mit hinreichender Deutlichkeit hervor. Sicherheitsmaßregeln werden mithin immer dann anzuordnen sein, wenn mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit wegen des Vorliegens hinreichender Verdachtsgründe die Verurteilung des Gemeinschuldners wegen betrüglichen Bankerutts zu erwarten ist oder doch wenigstens mit dieser Möglichkeit gerechnet werden muß. Regelmäßig [26]) wird es also genügen, wenn gegen den Gemeinschuldner die gerichtliche Voruntersuchung eingeleitet ist. Es können aber auch irgend welche anderen Umstände die Verurteilung mit Wahrscheinlichkeit erwarten lassen. Denn daß bereits eine gerichtliche Voruntersuchung anhängig ist, setzt § 197 Abs. 2 K. O. im Gegensatz zu § 175 Nr. 2 nicht voraus.

Die Kommentare weichen über diesen Punkt von einander ab. Kohler[27]) läßt Sicherheitsmaßregeln bereits schon während des Schwebens eines Ermittelungsverfahrens zu, während Hullmann[28]) die vorgängige Eröffnung des Hauptverfahrens verlangt. Bestimmte Regeln lassen sich indessen hierfür kaum aufstellen; es kann jeder Umstand dabei in Betracht gezogen werden. Im Gegensatz zu der Bestimmung des § 106 K. O., wo das Vorhandensein eines Konkurseröffnungsantrages als Voraussetzung der Anordnung von Sicherheitsmaßregeln gegen den Gemeinschuldner erfordert wird, ist beim wiederaufgenommenen Konkurse nur der Antrag eines Gläubigers auf Anordnung solcher Maßregeln gegen den Gemeinschuldner nötige Voraussetzung. Dies ist deswegen der Fall, weil anders wie im Erstkonkurs hier der Wiederaufnahmeantrag regelmäßig erst dann gestellt wird, wenn der Gemeinschuldner rechtskräftig verurteilt ist, und damit auch gleichzeitig der Wiederaufnahmegrund feststeht, während der Konkursgrund des Erstver-

[26]) Jäger, § 197 Anm. 3; Fitting, § 50 Anm. 6; v. Völderndorff, Bd. 2 S. 633; Petersen-Kleinfeller, S. 604 Anm. 3; Stieglitz, S. 663 Anm. 2 zu § 183.

[27]) Kohler, Lehrb. S. 502.

[28]) Hullmann, S. 333 Anm. 4.

fahrens, nämlich die Zahlungsunfähigkeit, bei der Stellung des Eröffnungsantrages regelmäßig noch nicht mit derselben Sicherheit gegeben sein wird, sondern erst eine viel umständlichere und zeitraubendere Prüfung erforderlich macht, um das Vorhandensein derselben festzustellen und das Verfahren tatsächlich zu eröffnen oder den Antrag als unbegründet zurückzuweisen. Die Prüfung, ob der Konkursgrund vorhanden ist, und damit die Entscheidung über die Eröffnung, wird fast immer bedeutend mehr Zeit in Anspruch nehmen, als die Prüfung und Entscheidung über das Vorhandensein des Wiederaufnahmegrundes und den Wiederaufnahmeantrag.

Wollte man die Zulässigkeit von Sicherheitsmaßregeln gegen den Gemeinschuldner vor der Wiederaufnahme des Konkurses ebenfalls von dem Vorhandensein eines Wiederaufnahmeantrages abhängig machen, so würde es wohl in den allerseltensten Fällen zu solchen Maßregeln kommen, weil die Wiederaufnahme kaum eher beantragt wird, ehe die rechtskräftige Verurteilung stattgefunden hat, und wenn es trotzdem der Fall sein sollte, der Antrag als unbegründet abgelehnt würde, ehe es noch zur Anordnung von Sicherheitsmaßregeln käme.

Zur Stellung eines derartigen Antrages sind die Gläubiger berechtigt. Wie weit der Kreis derselben zu ziehen ist, darüber gehen die Meinungen auseinander.

Die Kommentare von Stieglitz, Peterßen-Kleinfeller und v. Wilmowski sowie die Lehrbücher von Endemann und Fitting[29]) stehen auf dem Standpunkte, daß nur die Vergleichsgläubiger und nicht die bevorrechtigten Gläubiger des Erstkonkurses zur Stellung des Antrags berechtigt sind, weil der Ausdruck „Gläubiger" in Absatz 1 § 197 K. O. nur in diesem Sinne gebraucht sei; deshalb könne derselbe Ausdruck im Abs. 2 § 197 K. O. auch nur diese Bedeutung haben. Wollte man darunter die „Konkursgläubiger" des § 198 K. O. verstehen, so hätte die Bestimmung über die Anordnung von Sicherheitsmaßregeln dem § 198 K. O. angegliedert werden müssen.

Nun läßt allerdings der Ausdruck „Gläubiger" des § 197 Abs. 1 K. O. mit einer gewissen Berechtigung auch darauf schließen, daß die Vergleichsgläubiger darunter zu verstehen seien, jedoch m. E. nicht mit zwingender Notwendigkeit.

Der Wille des Gesetzgebers kann nur gewesen sein, allen denen, die an der Wiederaufnahme des Konkurses ein besonderes Interesse haben, die Möglichkeit zu gewähren, durch einen entsprechenden Antrag auf eine Sicherstellung der von einer etwaigen Wiederaufnahme ergriffenen Masse hinzuwirken. Das sind also alle diejenigen, die auch zur Stellung des Wiederaufnahme-Antrages berechtigt sind, mithin ebenfalls die bevorrechtigten Gläubiger des früheren Konkursverfahrens.

[29]) Stieglitz, S. 663 Bem. II; Peterßen-Kleinfeller, Bem. I zu § 197; v. Wilmowski, S. 507 Bem. 2 zu § 197; Endemann, S. 610; Fitting, § 50 II.

Auch aus diesem Grunde wäre der Abs. 2 § 197 K. O. besser unter § 198 K. O. formuliert.[30])

Bei der Wahl der anzuordnenden Sicherheitsmaßregeln hat das Konkursgericht ebenso wie im Falle des § 106 K. O. freie Hand. Es ist insbesondere nicht an die etwa im Antrage verlangten Sicherheitsmaßregeln gebunden; denn der beantragende Gläubiger kann vielleicht gerade solche Maßregeln verlangen, die wohl in seinem Interesse aber nicht im Interesse der Sicherung der gesamten Masse und sämtlicher Gläubiger liegen, und darauf hat das Gericht im Sinne des Satz 2 § 106 K. O. vor allem Rücksicht zu nehmen.[31])

Den Ausführungen Wilmowski's[32]) hierüber, daß das Gericht keine anderen als die beantragten Sicherheitsmaßregeln anordnen darf, weil die Bestimmung des § 197 Abs. 2 K. O. für den Individualanspruch des den Antrag stellenden Gläubigers und nur dessen Sicherung dienen soll, kann deshalb nicht beigetreten werden, weil der Zusammenhang des § 197 mit § 198 in Verbindung mit § 106 K. O. ergibt, daß die Sicherheitsmaßregeln im Interesse und in Erwartung der Wiederaufnahme des Konkurses, also für alle[33]) Gläubiger und zur Sicherung der gesamten Masse zu treffen sind, nicht im alleinigen Interesse des Antragstellers; denn das Gericht hat in Ansehung der rechtskräftigen Verurteilung des Gemeinschuldners wohl stets mit einer Wiederaufnahme des Konkurses zu rechnen.

Ein allgemeines Veräußerungsverbot, dinglicher und persönlicher Arrest werden hier die Regel bilden.

Gegen die Anordnung der Sicherheitsmaßregeln hat der Gemeinschuldner, und gegen die Zurückweisung eines hierauf gerichteten Antrags oder gegen die Aufhebung der Sicherheitsmaßregeln der Antragsteller die sofortige Beschwerde § 73 Abs. 3 K. O.

Oetker[34]) will dem Gemeinschuldner nur das Beschwerderecht geben mit Rücksicht auf die rechtliche Zulässigkeit, nicht auf die Zweckdienlichkeit der angeordneten Sicherheitsmaßregeln; dem abgewiesenen Antragsteller versagt er es überhaupt. Er begründet dies damit, daß bei allen Entscheidungen, die in das freie Ermessen des Gerichts gestellt sind, und wo dieses nur aus Zweckmäßigkeitserwägungen heraus handelt, wo also der Antragsteller keinen Anspruch auf Erlaß der Entscheidung in einem bestimmten Sinne hat, dieser überhaupt kein Beschwerderecht genießt, jedenfalls aber nur insoweit, als es sich um die rechtliche Zulässigkeit, nicht aber um die Zweckdienlichkeit der Entscheidung handelt.[35])

---

[30]) So Oetker, Gdbg. S. 199.

[31]) So Sarwey, S. 872; Peterßen-Kleinfeller, S. 604 Anm. 2; Endemann, S. 610; Willenbücher, S. 259 Anm. 2; ebenso Hellmann, S. 333 Nr. 3.

[32]) v. Wilmowski, S. 507 Anm. 2.

[33]) So Seuffert, S. 448.

[34]) Oetker Gdbg. S. 200.

[35]) Oetker Gdbg. S. 108. So auch Endemann S. 610.

Da die Nichtanordnung von Sicherheitsmaßregeln stets rechtlich zulässig ist („kann" anordnen), und die Frage, ob sie zweckmäßig sind, dem freien Ermessen des Gerichts überlassen ist, so muß danach folgerichtig dem abgewiesenen Antragsteller das Beschwerderecht überhaupt versagt werden.

Die herrschende Meinung steht indeß mit Recht auf einem andern Standtpunkt, und es ist auch nicht einzusehen, warum die Frage, ob eine angeordnete Maßregel zweckmäßig ist oder nicht, der Nachprüfung durch eine höhere Instanz entzogen werden soll, gleich als wenn die Beschwerdeinstanz nur eine Art Revisionsinstanz wäre. Die Antragsteller haben, wo das Ermessen des Gerichts den Ausschlag gibt, zweifellos einen Anspruch darauf, daß dies Ermessen richtig gehandhabt, und letzteres gegebenenfalls durch eine höhere Instanz nachgeprüft wird.

Gemäß § 73 Abs. 3 K. O. findet die sofortige Beschwerde vielmehr gegen alle Entscheidungen im Konkursverfahren statt, soweit die Konkursordnung nicht ein anderes bestimmt. Daß sie nicht zulässig sein soll, gegen die Anordnungen des Gerichts, deren Erlaß dem freien Ermessen anheim gestellt wird, davon verlautet in der Konkursordnung nichts. Es gilt mithin auch hier der allgemeine Grundsatz, daß beschwerdeberechtigt jeder ist, dessen Interesse im konkreten Fall durch die Entscheidung berührt wird. Danach kann, wie oben ausgeführt, dem Gemeinschuldner und dem Antragsteller das Beschwerderecht nicht versagt werden.

Die Sicherheitsmaßregeln sind von Amtswegen dann aufzuheben, wenn der Zweck derselben, nämlich die Sicherung der Masse für das wiederaufzunehmende Konkursverfahren fortfällt, wenn also keine Aussicht vorhanden ist, daß dieses jemals stattfinden wird.[36]) Das ist der Fall, wenn der Gemeinschuldner freigesprochen wird, wenn er nur wegen einfachen Bankerutts verurteilt wird, wenn er außer Verfolgung gesetzt wird, oder wenn das Strafverfahren ohne eine Verurteilung endet (Tod des Gemeinschuldners), schließlich auch noch, wenn trotz der Verurteilung in entsprechender Zeit kein Wiederaufnahmeantrag gestellt wird, sodaß das Gericht die Überzeugung hat, es werde eine Wiederaufnahme des Konkurses überhaupt nicht mehr beantragt werden.[37]) Praktisch wird man in diesem Falle den Gläubiger, der die Anordnung der Sicherheitsmaßregeln beantragt hat, vorher benachrichtigen, daß dieselben wieder aufgehoben würden, wenn nicht binnen einer bestimmten Frist die Wiederaufnahme beantragt wird.

Wird vor der rechtskräftigen Verurteilung die Eröffnung eines Neukonkurses beantragt, so ist dies kein Grund zur Aufhebung der angeordneten Sicherheitsmaßregeln. Das Konkursgericht ist vielmehr jetzt auf Grund des § 106 K. O. zur Beibehaltung derselben berechtigt.

---

[36]) Jäger § 197 Anm. 3; Peterßen-Kleinfeller S. 605 Anm. 3; Stieglitz S. 663 Anm. II; Willenbücher S. 269 Anm. 3.

[37]) Seuffert S. 448.

Im übrigen kann das Konkursgericht, wie es die Maßregeln angeordnet hat, sie auch bei veränderter Sachlage, wenn es dieselben nicht mehr für zweckdienlich hält, nach freiem Ermessen wieder aufheben.[38])

VI. Die Wirkung der Wiederaufnahme und die Besonderheiten des Wiederaufnahmeverfahrens.

Die Wirkungen der Wiederaufnahme des Konkurses sind dieselben, wie die der Eröffnung.

Auch hier verliert der Gemeinschuldner analog § 6 K. O. die Befugnis, sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verwalten und über dasselbe zu verfügen. Das Verwaltungs- und Verfügungsrecht wird von jetzt an wieder durch den Konkursverwalter ausgeübt. Ebenso wird wie im Falle des § 240 C. P. O. ein Prozeßverfahren, wenn es die Konkursmasse, so wie sie sich jetzt zusammensetzt, betrifft, solange unterbrochen, bis es nach den für den gewöhnlichen Konkurs geltenden Bestimmungen aufgenommen, oder das Konkursverfahren aufgehoben wird. Es ist also möglich, daß jetzt eine zweitmalige Unterbrechung eines Prozeßverfahrens stattfindet, nachdem dies bereits durch die Eröffnung des früheren Konkurses zum ersten Male unterbrochen und nach Aufhebung des Konkursverfahrens, die auf den Zwangsvergleich hin erfolgte, vom Gemeinschuldner wieder weiterbetrieben ist.

Noch eine weitere Wirkung ist folgende: Nach Aufhebung des ersten Konkursverfahrens hat der Schuldner das Recht der freien Verfügung über sein Vermögen zurückerhalten. Er ist also in der Lage, in Bezug auf die durch die Wiederaufnahme ergriffene Masse giltige Rechtshandlungen vorzunehmen und zwar bis zu dieser. Diese Rechtshandlungen können jetzt nach der Wiederaufnahme aus denselben Gründen angefochten werden, wie diejenigen, welche der Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung vorgenommen hat. §§ 29—42 K. O. finden also ebenfalls entsprechende Anwendung. Die Rechtslage ist, soweit die in den Zeitraum zwischen Aufhebung des Erstkonkurses und Wiederaufnahme desselben fallenden Rechtshandlungen des Gemeinschuldners in Frage kommen, dieselbe, als wenn statt der Wiederaufnahme die Eröffnung eines Neukonkurses stattgefunden hätte.

Keine Wirkung der Wiederaufnahme ist dagegen das Wiederaufleben der durch den Erlaß vorher getilgten Forderungen.

Wie a. a. O.[39]) ausgeführt, hebt nicht die Wiederaufnahme, sondern die Verurteilung den durch Zwangsvergleich begründeten Nachlaß auf.

[38]) Fitting § 35 IV; Endemann S. 684; Petersen-Kleinfeller Bem. 3 zu § 105; v. Wilmowski Bem. 4 zu § 105 u. a.

[39]) Seite 8.

Das Wiederaufleben der Forderungen in ihrer alten Höhe ist mithin schon eine Wirkung der Verurteilung und nicht erst der Wiederaufnahme, wie dies sich auch klar aus § 197 Abs. 1 K. O. ergibt.

Das nach dem Wiederaufnahmebeschluß einsetzende Verfahren zeigt eine Reihe von Merkmalen, die es teils als Neukonkurs, teils als Konkursfortsetzung charakterisieren.

Man kann es auffassen als Eröffnung eines Neukonkurses mit der Besonderheit, daß eine Reihe von Rechtshandlungen, die bereits in dem Erstkonkurse vorgenommen sind, nicht wiederholt zu werden brauchen, sondern in dem wiedereröffneten Konkurse fortwirken.

Dafür spricht insbesondere der Umstand, daß auch die neuen Gläubiger zur Teilnahme berechtigt sind, und daß Konkursmasse des wiederaufgenommenen Verfahrens dasjenige ist, was dem Gemeinschuldner zur Zeit der Wiederaufnahme gehört.

Anderseits ist die Wiederaufnahme — und das dürfte im überwiegenden Maße der Fall sein — Konkursfortsetzung.[40])

Hierfür läßt sich anführen, daß das frühere Konkursgericht und zwar ausschließlich zuständig bleibt, daß die frühere Anmeldung von Forderungen, sowie der alte Konkursgrund, die Zahlungsunfähigkeit, für das wiederaufgenommene Verfahren fortwirken, und daß das Ergebnis der früheren Prüfungsverhandlungen bestehen bleibt, allerdings mit der Maßgabe, daß hinsichtlich einer inzwischen eingetretenen Tilgung die früher geprüften Forderungen von neuem geprüft werden § 201 Abs. 2 K. O.

Insbesondere zeigt sich der Charakter der Wiederaufnahme als Konkursfortsetzung aber in dem das ganze Verfahren beherrschenden Grundsatze, daß dasselbe nur soweit als nötig zu wiederholen ist § 201 K. O.

a) Maßnahmen, die nicht wiederholt werden.

Ausgehend von diesem Grundsatze treten zunächst die Organe des früheren Konkurses, soweit sie noch vorhanden sind, wieder in Funktion.

Der in dem früheren Verfahren ernannte Verwalter erhält ohne weiteres diese Eigenschaft wieder; er ist natürlich durch das Gericht von der Wiederaufnahme zu benachrichtigen, jedoch bedarf es keiner neuen Ernennung.[41])

Völderndorff[42]) ist allerdings der Meinung, daß der bisherige Konkursverwalter und Gläubigerausschuß nicht von selbst wieder in ihr Amt eintreten. Dazu wäre eine gesetzliche Vorschrift nötig gewesen, die nicht vorhanden sei.

---

[40]) Endemann S. 612; Oetker Gdbg. S. 193; Oetker, Fragen S. 73; Jäger, Anm. 2b zu § 198; Fitting S. 452; Seuffert S. 451; Kohler, Lehrb. S. 503 u. andere.

[41]) Seuffert, S. 453.

[42]) v. Völderndorff, Bd. 2, S. 641 Anm. 1

Die herrschende Meinung steht jedoch auf einem anderen Standpunkte. Die Richtigkeit desselben ergibt sich aus dem Grundsatze, daß das wiederaufgenommene Verfahren nur soweit als nötig zu wiederholen ist. Die Ernennung eines neuen Konkursverwalters und eines neuen Gläubigerausschusses ohne besonderen Grund dürfte wohl eine unnötige Wiederholung sein. Aus diesem Grundsatze folgt auch, daß eine besondere gesetzliche Vorschrift, die ipso jure den Wiedereintritt des Verwalters und des Gläubigerausschusses in die frühere Stellung zum Gegenstande hätte, überflüssig sein würde.

Ist der frühere Verwalter gestorben oder zur Verwaltung unfähig geworden, so hat das Konkursgericht von amtswegen einen neuen Verwalter zu ernennen; §§ 80 und 110 K. O. finden in diesem Falle analoge Anwendung. Nach Ernennung des neuen Verwalters ist von amtswegen ein Wahltermin zum Vorschlag eines anderen Verwalters anzuberaumen und dazu eine Gläubigerversammlung zu berufen. In dieser hat wie im gewöhnlichen Konkurse die Gläubigerschaft lediglich ein Vorschlagsrecht; sie kann durch Mehrheitsbeschluß gemäß § 94 K. O. die Ernennung eines anderen Verwalters beantragen, und das Gericht hat darüber durch Beschluß zu entscheiden. Versagt es die Ernennung des vorgeschlagenen Verwalters, so bleibt der bisherige in Funktion, andernfalls endet dessen Amt ohne weiteres mit der Ernennung des neuen Verwalters.

Analog § 81 K. O. ist der Name des neuen Verwalters öffentlich bekannt zu machen und ihm eine urkundliche Bescheinigung seiner Ernennung zu erteilen. Überhaupt finden alle diejenigen Vorschriften der Konkursordnung Anwendung, die für den Erstkonkurs gegeben sind.

Lehnt z. B. der bisherige Konkursverwalter die Fortführung der Verwaltung bei der Wiederaufnahme ab, so kann er gemäß § 84 K. O. zur Erfüllung seiner Pflichten durch Ordnungsstrafen angehalten werden. Denn er ist zur Ablehnung nicht berechtigt, weil er in dem früheren Verfahren sein Amt angenommen hat. Die einmal erfolgte Annahme bleibt für die Wiederaufnahme bestehen, und die durch Aufhebung des Erstkonkurses eingetretene Amtsbeendigung ist als nicht eingetreten zu behandeln.

Der Konkursverwalter kann auch nicht von Amtswegen, sondern nur auf Antrag der Gläubigerversammlung und des Gläubigerausschusses entlassen werden. § 84 K. O.[43])

In gleicher Weise tritt auch der in dem früheren Verfahren bestellte Gläubigerausschuß wieder in Tätigkeit, ebenso sind die im § 92 K. O. statuierten Widerrufsrechte auch jetzt wieder gegeben.

Sind Mitglieder des Gläubigerausschusses fortgefallen, so findet in der nächsten Gläubigerversammlung, die das Gericht zu diesem Zwecke auch von Amtswegen einberufen kann, eine Ersatzwahl statt. Falls Ersatzmänner für später etwa ausfallende Mitglieder von vornherein in

[43]) Hellmann, S. 557 Anm. 6.

dem früheren Verfahren bestellt sind, so füllen sie auch in dem wiederaufgenommenen Verfahren die etwa eintretenden Lücken aus. Falls es nach dem Ermessen des Konkursgerichts nötig sein sollte, einen provisorischen Gläubigerausschuß zu bestellen, weil der alte infolge von Todesfällen oder aus anderen Gründen nicht mehr tätig sein kann, so geschieht dies auch hier gemäß § 87 Abs. 1 K. O.

Die Gläubigerversammlung erhält ebenfalls die Stellung wieder, die sie bereits in dem früheren Konkurse inne hatte. Sie ist nur erweitert durch den Hinzutritt der neuen Gläubiger, die gemäß § 200 Abs. 2 K. O. zur Teilnahme an dem wiederaufgenommenen Verfahren berechtigt sind.

b) Maßnahmen, deren Wiederholung erforderlich ist.

Der Grundsatz, daß im Wiederaufnahmeverfahren alles zu vermeiden ist, was eine unnötige Wiederholung des Erstverfahrens bedeuten würde, findet naturgemäß dort seine Grenze, wo eine Wiederholung wegen der Erweiterung auf neues Vermögen und auf neue Konkursgläubiger erforderlich ist. Ob der offene Arrest mit dem Wiederaufnahmebeschluß zugleich von neuem zu erlassen ist, darüber gehen die Meinungen auseinander.

Hellmann[44]) hält es nicht für notwendig, „weil die Erlassung desselben eine Spezialität der Konkurseröffnung sei, die zur Beschränkung der Verfügungsmacht und der Verwaltungsbefugnis des Gemeinschuldners neben der Bekanntmachung der Eröffnung auch nicht nötig wäre, wenn sie nicht das Gesetz ausdrücklich angeordnet hätte".

Er folgert ferner die Überflüssigkeit des offenen Arrestes per argumentum e contrario aus § 198 Abs. 2 Satz 2 K. O., weil hier nur von der entsprechenden Anwendung des § 111 K. O. auf die Bekanntmachung der Wiederaufnahme selbst gesprochen wird, dagegen nicht auf die Erlassung des offenen Arrestes. Die übrigen Kommentatoren halten fast durchweg eine Wiederholung des offenen Arrestes neben der sofortigen öffentlichen Bekanntmachung der Formel des Wiederaufnahmebeschlusses für notwendig.[45])

M. E. mit Recht; denn man darf nicht sagen, diese Maßregel sei schon bei der Eröffnung überflüssig neben der öffentlichen Bekanntmachung der letzteren, und nur weil sie das Gesetz ausdrücklich trotzdem verschreibe, müsse davon Gebrauch gemacht werden; da sie aber zwecklos sei, dürfe sie deshalb bei der Wiederaufnahme fortfallen, denn hier sei sie nicht ausdrücklich angeordnet.

---

[44]) Hellmann S. 558 Abs. 4 Anm. 3.

[45]) Fitting S. 453; Seuffert S. 452; Jäger Anm. 1 zu § 201; Peterßen-Kleinfeller Bem. 8 zu § 201 S. 609; Willenbücher S. 260 Anm. 3a; v. Wilmowski S. 510 Anm. 1 zu § 201; v. Völderndorff Bd. 2 S. 641; Stieglitz S. 668 Bem. I.

Mag man sie auch bei der Eröffnung schon für überflüssig[46]) halten, so geht doch aus der ausdrücklichen Anordnung derselben hervor, daß der Gesetzgeber sie zur Sicherung der Beschränkung der Verfügungsmacht und Verwaltungsbefugnis des Gemeinschuldners neben der öffentlichen Bekanntmachung der Eröffnung für erforderlich gehalten und deshalb ausdrücklich gewollt hat.

Bei einer der Eröffnung so analogen Situation wie der Wiederaufnahme ist es aber wie gesagt nicht zulässig, diese Maßregel, die hier ganz denselben Zwecken dient, deshalb fortfallen zu lassen, weil man sie auch schon im Eröffnungsverfahren für überflüssig hält. Damit würde man die Bestimmungen nicht nur nicht im Sinne des Gesetzgebers auslegen, sondern direkt gegen dessen ausdrücklichen Willen verstoßen. Er hat diese besondere Sicherheitsmaßregel bei der Beschlagnahme des gemeinschuldnerischen Vermögens zwecks erhöhter Sicherung gewollt. Daraus folgt, daß er sie auch bei der erneuten Beschlagnahme im Wiederaufnahmeverfahren gewollt haben muß.

Ebenfalls dürfte es nicht richtig sein, das Unterbleiben dieser Maßregeln per argumentum e contrario aus § 198 Abs. 2 Satz 2 K. O. zu folgern.

Zwar heißt es im § 198 Abs. 2 Satz 2 K. O. „auf den Zeitpunkt der Wiederaufnahme und die Bekanntmachung derselben finden die Vorschriften der §§ 111—113 entsprechende Anwendung", während der offene Arrest nicht erwähnt wird, und im § 111, „der Gerichtsschreiber hat die Formel des Eröffnungsbeschlusses, den offenen Arrest, die Anmeldefrist und die Termine sofort öffentlich bekannt zu machen."

Wollte man daraus folgern, daß nur auf den Zeitpunkt der Wiederaufnahme und die Bekanntmachung derselben § 111 K. O. entsprechende Anwendung finden sollte, im übrigen aber nicht, also auch nicht bezüglich des offenen Arrestes, und daß dieser deswegen nicht existiere, so käme für die Bekanntmachung nur § 111 Abs. 2 in Betracht; der Gesetzgeber hätte dies aber im § 198 Abs. 2 K. O. zum Ausdruck bringen und die Anwendung des Abs. 1 § 111 besonders ausschließen müssen.

Das ist nicht geschehen; infolgedessen findet auch der ganze § 111 entsprechende Anwendung und ist mithin der offene Arrest auch bei der Wiederaufnahme sofort öffentlich bekannt zu machen. Das setzt natürlich stillschweigend voraus, daß ein solcher zunächst angeordnet ist.

Anderseits ist aber auch bei der rein formellen Auslegung zunächst die Gesamtheit der Wiederaufnahmevorschriften ins Auge zu fassen und von der allgemeinen Bestimmung auszugehen, daß das Verfahren soweit als nötig zu wiederholen ist. Der § 198 Abs. 2 gibt dazu im besonderen an, welche Maßnahmen speziell bei Erlaß des Wiederauf-

[46]) Tatsächlich ist sie es nicht, denn sie begründet selbständige, ohne ihre Anordnung nicht Platz greifende Anzeigepflichten vgl. § 118 K. O.

nahmebeschlusses Anwendung finden. Wie dagegen im Übrigen zu verfahren ist, darüber entscheidet lediglich § 201 Abs. 1 K. O. Es kommt also nur darauf an, ob die Verhängung des offenen Arrestes nötig ist. Daß dies wenigstens nach dem Willen des Gesetzgebers der Fall ist, haben wir oben gesehen. Auch hieraus folgt, daß die Verhängung des offenen Arrestes bei der Wiederaufnahme des Verfahrens stattfinden muß.[47])

Nötig ist ferner in analoger Anwendung des § 110 K. O. die Bestimmung einer Anmeldefrist, schon damit auch die neuen Gläubiger Gelegenheit haben, ihre Forderungen geltend zu machen, sowie diejenigen alten Gläubiger, deren Forderungen in dem aufgehobenen Verfahren noch nicht geprüft waren, sei es nun, daß die Nichtprüfung darauf zurückzuführen ist, daß die Forderungen damals nicht angemeldet waren, obwohl sie bereits bestanden und angemeldet werden konnten, oder daß die Forderungen, obwohl angemeldet, aus irgend einem Grunde z. B. wegen verspäteter Anmeldung damals nicht geprüft sind.

Zu diesem Zwecke ist auch die Bestimmung eines neuen allgemeinen Prüfungstermins erforderlich, in dem sowohl die neu angemeldeten Forderungen alter und neuer Gläubiger, wie auch die schon früher angemeldeten, aber noch nicht geprüften Forderungen nun zu prüfen sind analog dem Prüfungsverfahren im Erstkonkurs.

Neuanmeldung der letzteren findet nicht statt; die frühere Anmeldung gilt vielmehr auch für das wiederaufgenommene Verfahren, wie auch grundsätzlich das Resultat der früheren Prüfungsverhandlungen maßgebend bleibt.

Die früher schon geprüften Forderungen werden zwar auch von neuem geprüft, aber nur in der Richtung, ob sie nicht inzwischen getilgt sind. Dies werden in der Hauptsache die im Zwangsvergleich versprochenen Quoten sein. Eine teilweise Tilgung ist hierbei naturgemäß auf den Betrag der ursprünglichen Forderung, nicht blos auf die Akkordrate zu verrechnen, da ja der durch Zwangsvergleich erlassene Teil der Forderung wieder aufgelebt ist.

Da eine Prüfung in anderer Hinsicht nicht stattfindet, dürfen die Forderungen auch nur aus diesem Grunde bestritten werden. Ein Bestreiten aus einem anderen Grunde als nachträglicher gänzlicher oder teilweiser Tilgung der Forderung würde unwirksam sein und keine weiteren Folgen nach sich ziehen.[48]) Der Konkursverwalter oder ein Konkursgläubiger kann also gegen solche Forderungen nur einwenden, daß sie nach der Feststellung durch Zahlung, anderweitigen Erlaß oder Aufrechnung erloschen seien. Auch dem Gemeinschuldner muß man mit Rücksicht darauf, daß aus der Tabelle später gegen ihn Zwangsvollstreckung betrieben werden kann (§ 164 K. O.), wenn er eine im übrigen festgestellte Forderung nicht ausdrücklich bestreitet, dieses Recht

[47]) So auch Hellmann, S. 337.

[48]) Seuffert, S. 452; Oetker, Fragen S. 84, 85; Hellmann, S. 558; v. Völderndorff, Bd. II S. 641.

zugestehen.[49]) Bestreitet er allein und sonst niemand, so gilt die Forderung gleichwohl nach § 144 K. O. für den wiederaufgenommenen Konkurs, ebenso wie dies auch im gewöhnlichen Verfahren der Fall sein würde, als festgestellt. Ob aber aus dieser Forderung als einer titulierten nach Beendigung des Wiederaufnahmeverfahrens die Zwangsvollstreckung betrieben werden kann, hängt von dem Ausgang des zwischen dem Gläubiger und dem Gemeinschuldner zu führenden Rechtsstreits ab.

Die auf Grund der früheren Prüfung erfolgte Feststellung von Forderungen und die Eintragung derselben in die Konkurstabelle hat die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils gegenüber den Konkursgläubigern (§ 145 Abs. 2 K. O.); sie sind mit der Feststellung titulierte Forderungen geworden (§ 146 Abs. 6 K. O.) und werden hinsichtlich ihrer Berücksichtigung bei den Verteilungen und in Bezug auf die Wirkungen eines Widerspruchs behandelt wie solche, für die ein Endurteil vorliegt. Das gilt auch für den Fall, wenn sie nachträglich getilgt, die Tilgung aber in der Tabelle nicht vermerkt ist. Der zu erhebende Widerspruch ist auch hier wie im gewöhnlichen Konkursverfahren gemäß § 146 Abs. 6 K. O. von dem Widersprechenden im Prozesse zu verfolgen, und zwar im Wege der Zwangsvollstreckungsgegenklage, nicht dagegen, wie Endemann[50]) will, im Wege der Feststellungsklage gemäß § 256 C. P. O. weil ja die Eintragung der Forderung in die Konkurstabelle dem Vorliegen eines rechtskräftigen Urteils, das gegenüber allen Konkursgläubigern wirkt, gleich steht und Zwangsvollstreckung aus der Tabelle erfolgen kann. Den Beweis der behaupteten Tilgung hat nach den allgemeinen Grundsätzen der Widersprechende zu führen.

Solange keine Klage erhoben wird, muß die Forderung wie eine feststehende behandelt werden.

Ist nach dem Prüfungstermin ein Tilgungsgrund eingetreten, so kann dies ebenso lediglich im Wege der Zwangsvollstreckungsgegenklage geltend gemacht werden.

War eine Forderung bereits früher bestritten und nach erfolgter Prüfung bestritten geblieben, also nicht festgestellt, so bleibt sie auch im Wiederaufnahmeverfahren bestritten[51]), da das Resultat der im Erstkonkurse stattgefundenen Prüfungsverhandlungen maßgebend ist, und auch das frühere Bestreiten im Wiederaufnahmeverfahren wiederauflebt. Sie würde folgerichtig mithin solange bestritten bleiben, bis der Widerspruch in dem Verfahren nach § 146 Abs. 1 und 2 K. O. beseitigt sein würde, und es wäre dabei unerheblich, ob der Gemeinschuldner sie in der Zwischenzeit, also von der Aufhebung des Konkurses bis zu dessen Wiederaufnahme, zugestanden hat, oder ob sie gegen ihn auf dem gewöhnlichen Rechtswege festgestellt ist, desgleichen, ob nachträglich der

[49]) Oetker, Fragen S. 88.
[50]) Endemann S. 613.
[51]) v. Völderndorff Bd. 2 Lit. d zu § 187; v. Sarwey Nr. 1 Ziff. 4 zu § 201; Fitting S. 454; Peterßen-Kleinfeller Bem. 6 zu 201.

Widerspruch zurückgenommen ist; Feststellung ist hierdurch nicht mehr möglich, weil ja keine Prüfung in dieser Hinsicht mehr stattfindet, sondern nur insoweit, als eine Tilgung eingetreten ist. Der Gläubiger würde also, wenn die Forderung in der konkursfreien Zwischenzeit durch Klage gegenüber dem Gemeinschuldner festgestellt ist, nicht geltend machen können, er habe eine titulierte Forderung, und der Widerspruch dagegen sei von dem Widersprechenden zu verfolgen, (§ 146 Abs. 6 K. O.). Vielmehr würde über die Frage, wie die Parteirollen in dem Prozeß zu verteilen sind, lediglich die Rechtslage in dem früheren Verfahren entscheiden. Der Gläubiger würde also selbst die Feststellung betreiben müssen, seine Forderung würde eine untitulierte bleiben, trotz des inzwischen erlangten Titels.

Diese Deduktion, die in ähnlicher Weise auch von Oetker und Seuffert[52]) vertreten wird, ist m. E. nicht ganz richtig; sie würde auch unter Umständen zu unerfreulichen Resultaten führen. Würde z. B. ein Gläubiger, dessen nicht titulierte Forderung im Prüfungstermin des Erstkonkurses von einem Gläubiger oder dem Konkursverwalter bestritten war, in der konkursfreien Zwischenzeit gegenüber dem Gemeinschuldner einen vollstreckbaren Titel erreicht haben, seine Forderung aber trotzdem in der Wiederaufnahme des Konkurses bestritten bleiben, so müßte er gemäß § 146 Abs. 1 und 2 K. O. von neuem Klage auf Feststellung gegen den bestreitenden Gläubiger oder Verwalter erheben. Die Stellung eines solchen Gläubigers gegenüber der Konkursmasse würde einstweilen sehr ungünstig sein; er müßte, da seine Forderung trotz des Titels einer untitulierten gleichsteht, das Recht auf Befriedigung aus der Masse erst durch Beseitigung des Widerspruchs erwerben, während der Gläubiger einer bestrittenen titulierten Forderung Befriedigung aus der Masse trotz des Bestreitens fordern kann, bis sein Recht durch den Widersprechenden beseitigt wird.[53])

Wie sollte ein solcher Gläubiger der Konkursmasse gegenüber nun zu seinem Rechte kommen? Von neuen kann er seine berechtigte und nunmehr titulierte Forderung nicht anmelden, weil sie bereits im Erstkonkurse angemeldet war, und diese Anmeldung im wiederaufgenommenen Verfahren ihre Wirkung behält. Bedenkt man nun aber, daß wenn der Gläubiger nach Rechtskraft des Beschlusses den durch die Wiederaufnahme unterbrochenen Prozeß gemäß § 146 Abs. 3 K. O. gegenüber dem widersprechenden Gläubiger oder Konkursverwalter aufgenommen und ein obsiegendes Urteil erlangt hat, damit gemäß § 147 K. O. seine Forderung für den Konkurs[54]) sogar allen Gläubigern gegenüber festgestellt ist, so muß es als absurd erscheinen, daß ein in der konkursfreien Zwischenzeit gegen den Gemeinschuldner erwirkter Titel dem Anmelder der Forderung gegenüber den übrigen Gläubigern nicht einmal

[52]) Oetker, Fragen S. 84, 85. Seuffert, S. 452, 453.
[53]) vgl. Jäger, § 146 Anm. 1 S. 405.
[54]) Seine rechtliche Stellung gegenüber dem Gemeinschuldner interessiert hier nicht weiter.

die Stellung aus Abs. 6 § 146 K. O. verschaffen sollte, wenn auch zugegeben werden muß, daß der letztere Standpunkt formell nicht unrichtig ist. Die Bestimmung des Abs. 2 § 201 K. O. ist aber im Rahmen der gesamten Wiederaufnahmevorschriften aufzufassen. Der Absatz 1 stellt die allgemeine Regel[55]) auf, daß das Verfahren nur soweit als nötig zu wiederholen ist; Absatz 2 „früher geprüfte Forderungen werden nur hinsichtlich einer inzwischen eingetretenen Tilgung von neuem geprüft", ist demgegenüber nur eine Anwendungsvorschrift erläuternden Charakters, die der allgemeinen Bestimmung des Absatz 1 untergeordnet ist und eine Exemplifikation derselben bedeutet. Sie darf nicht, da sie nur eine Konsequenz der Fortsetzung des bisherigen Verfahrens zum Ausdruck bringt, zu einem argumentum e contrario verwandt werden.[56]) Bei dieser Auffassung wird man weiter folgern müssen, daß früher geprüfte Forderungen im allgemeinen deswegen nicht von neuem zu prüfen sind, weil dies eine unnötige Wiederholung des früheren Verfahrens sein würde; denn das Resultat der erneuten Prüfung würde mit größter Wahrscheinlichkeit dasselbe sein wie das der früheren. Nur soweit Tilgung in Frage kommt, würde die erneute Prüfung nicht zwecklos und deshalb nicht unnötig sein; deswegen hat sie in diesem Falle von neuem stattzufinden. Legt man den § 201 K. O. in diesem Sinne aus, so ist weiter zu folgern, daß eine erneute Prüfung auch überall dort zulässig ist, wo dies nicht eine unnötige Wiederholung des Verfahrens sein würde, wo also mit höchster Wahrscheinlichkeit ein anderes Resultat zu erwarten sein würde als bei der früheren Prüfung. Damit würde dann einer erneuten Prüfung derjenigen im Erstkonkurs bestrittenen Forderungen, für die in ein in der konkursfreien Zwischenzeit erwirkter Titel bei der Wiederaufnahme vorliegt, und damit deren Berücksichtigung als nunmehr festgestellte titulierte Forderungen, nichts mehr im Wege stehen.

Außerdem führt noch folgende Erwägung zu dem gleichen Resultat.

Wenn das wiederaufgenommene Konkursverfahren Fortsetzung des Erstkonkurses ist, so müssen folgerichtig auch alle diejenigen Maßnahmen, die im Erstkonkurse von Bedeutung für denselben gewesen sein würden, falls dieser nicht durch Zwangsvergleich beendet wäre, für das wiederaufgenommene Verfahren dieselbe Bedeutung haben, wie im Erstkonkurse. Würde also eine bestrittene Forderung von dem Gläubiger derselben im ordentlichen Verfahren noch während der Dauer des Erstkonkurses dem Schuldner gegenüber festgestellt[57]), so ist sie eine titulierte im Sinne des Abs. 6 § 146 K. O. geworden. Da aber das wiederaufgenommene Verfahren fortgesetzter Erstkonkurs ist, so ist nicht einzusehen, warum die Feststellung der Forderung diesen Erfolg nicht

[55]) Aehnlich v. Wilmowski S. 510, 511, Anm. 1 und 2 zu § 201. v. Völderndorff Bd. 2 S. 641 Abs. 2; Stieglitz S. 669 Anm. b.

[56]) Aehnlich Hullmann S. 336 Anm. 1.

[57]) bezw. dem Konkursverwalter gegenüber, der den Prozeß nach § 10 K. O. aufgenommen hat.

haben sollte, lediglich aus dem Grunde, weil sie in der konkursfreien Zwischenzeit erfolgt ist.

War eine Forderung angemeldet, aber noch nicht geprüft, ein Fall der immerhin denkbar ist, und hat der Gläubiger in der Zwischenzeit gegen den Gemeinschuldner einen vollstreckbaren Titel für diese Forderung erwirkt, so verschafft die nunmehrige Prüfung derselben dem Gläubiger ohne Weiteres die Rechtsstellung aus § 146 Abs. 6 K. O.; widerspricht jemand diesem Anspruch, so muß er das im Wege der Klage geltend machen.

Im übrigen finden beim Bestreiten von Forderungen, die noch nicht geprüft waren, z. B. bei denen neuer Gläubiger die gewöhnlichen Regeln des Erstkonkurses Anwendung (§§ 141—146 K. O.)

Zu wiederholen ist im Wiederaufnahmeverfahren ebenfalls die Vermögensaufzeichnung und das Inventar. Ferner ist eine Bilanz aufzustellen; §§ 123, 124 K. O. finden dementsprechend auch hier Anwendung.

Beide Maßregeln müssen deshalb als nötig wiederholt werden, weil sowohl die Aktiv- wie auch die Passivmasse sich inzwischen sehr verändert haben können. Bei Aufstellung des Inventars wird meist eine Berichtigung des aus dem Erstverfahren bereits vorhandenen Verzeichnisses genügen, während naturgemäß die Bilanz vollständig von neuem zu ziehen sein wird.

Auch eine erneute Siegelung gemäß § 122 K. O. kann zur Sicherung der zur Konkursmasse gehörigen Sachen erforderlich sein; ebenso zulässig ist die Ladung des Gemeinschuldners zu einem neuen Offenbarungseide[58]) nach § 125 K. O., weil es sich jetzt um eine neue Teilungsmasse handelt, deren Umfang im Verhältnis zu der früheren ein vollständig anderer sein kann. Letzteres wird meistens dann der Fall sein, wenn zwischen der Aufhebung des Erstverfahrens infolge des Zwangsvergleichs bis zur Wiederaufnahme ein längerer Zeitraum verstrichen ist, in dem der Gemeinschuldner, weil er die freie Verfügung über die Konkursmasse zurückerhalten hatte, neues Vermögen erwerben konnte. Zur Ladung des Gemeinschuldners sind auch die neuen teilnahmeberechtigten Gläubiger befugt.

VII. Die Aktivmasse.

Zur Konkursmasse im Wiederaufnahmeverfahren gehört nicht nur die frühere Aktivmasse, sondern alles pfändbare Vermögen des Gemeinschuldners, das ihm zur Zeit der Wiederaufnahme gehört,[59]) also in dem Zeitpunkt, den der Wiederaufnahmebeschluß als Zeitpunkt der

[58]) Petersen-Kleinfeller Bem. 8 zu § 201; Stieglitz S. 668 Bem. 1.

[59]) Motive S. 1549; v. Völderndorff Bd. 2 S. 635; Hullmann S. 334 Bem. 3; v. Sarwey S. 822; Stieglitz S. 665 Bem. 1 und andere.

Wiederaufnahme angibt (§§ 108, 198 K. O.), soweit es zur Befriedigung der Gläubiger geeignet ist. Nach dem Wortlaut der Konkursordnung kann dies allerdings zweifelhaft sein; denn aus der Bestimmung des § 200 Abs. 2 K. O., der die Teilnahme neuer Gläubiger besonders neben denjenigen aus § 3 K. O. gestattet, könnte man folgern, daß hinsichtlich der Konkursmasse des wiederaufgenommenen Verfahrens im allgemeinen nicht der Grundsatz des Neukonkurses, sondern derjenige der Konkursfortsetzung Platz greift, und danach nur das Vermögen von der Wiederaufnahme erfaßt würde, was dem Gemeinschuldner zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört hatte.

Diese Auffassung ist indessen aus verschiedenen Gründen nicht zutreffend.

Zunächst ist praktisch eine Aussonderung der früheren Konkursmasse aus dem jetzigen Vermögen des Gemeinschuldners überhaupt nicht mehr oder doch nur sehr schwer durchführbar, weil er inzwischen die freie Verfügung über sein Vermögen zurückerlangt und altes und neues Vermögen vereinigt hat. Der Gesetzgeber konnte mithin kaum von der tatsächlichen Voraussetzung der Möglichkeit einer Wiederaussonderung der alten Konkursmasse ausgehen. Er hat dies, wie aus den Motiven[60]) hervorgeht, auch garnicht getan, sondern als selbstverständlich vorausgesetzt, daß das gesamte dem Gemeinschuldner zur Zeit der Wiederaufnahme gehörige Vermögen in die Masse fällt.

Außerdem spricht noch ein innerer Grund dafür:

Gemäß § 197 K. O. haftete der Gemeinschuldner den alten Konkursgläubigern wieder mit seinem vollen Vermögen für den vollen Betrag ihrer Forderungen. Würde man diesen im Falle der Wiederaufnahme nur den Zugriff auf das zur Zeit der Eröffnung vorhandene Vermögen gestatten, so würden sie schlechter dastehen, als wenn sie Einzelexecution betrieben oder einen Neukonkurs beantragten; denn wenn sie einen von diesen beiden letzteren Wegen einschlagen, so haftet ihnen ohne Zweifel das gesamte nunmehr vorhandene Vermögen des Gemeinschuldners, soweit es überhaupt von der Zwangsvollstreckung ergriffen wird. Eine solche Benachteiligung der Gläubiger des Erstkonkurses im Wiederaufnahmeverfahren widerspricht aber, wie a. a. O.[61]) ausgeführt, dem Zweck und Sinn der Wiederaufnahme.

Rechtshandlungen, die der Gemeinschuldner während der Dauer des früheren Konkurses vorgenommen hat, bleiben nach Maßgabe der Bestimmungen des § 7 K. O. den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam.

Rechtshandlungen, die vor Eröffnung des Erstkonkurses vom Gemeinschuldner vorgenommen sind, und die in diesem Verfahren gemäß §§ 29—42 K. O. anfechtbar waren, können auch jetzt im Wiederaufnahmeverfahren vom Konkursverwalter angefochten werden, auch

[60]) Entwurf S. 1549.
[61]) Seite 14.

wenn sie früher als 6 Monate vor der Wiederaufnahme (§ 33 K. O.) liegen; der Grundsatz der Konkursfortsetzung schlägt hier durch. Der § 199 K. O. hat nur solche Rechtshandlungen zum Gegenstande, die in der Zwischenzeit zwischen Aufhebung des Konkurses und Wiederaufnahme desselben, nicht dagegen diejenigen, die vor der Eröffnung liegen. Für diese bleibt also die Eröffnung des Erstkonkurses maßgebend.

In gleicher Weise und nach den gleichen Grundsätzen, nach denen eine Anfechtung im Erstkonkurse stattfindet, sind anfechtbar diejenigen Rechtshandlungen, die der Gemeinschuldner in der Zeit von der Aufhebung des Erstkonkurses bis zur Wiederaufnahme des Verfahrens vorgenommen hat. Diese sind nicht etwa von selbst nach § 7 K. O. den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam.

Sie sind zwar nach der Eröffnung des Erstkonkurses vorgenommen, aber nach Aufhebung des Konkursverfahrens. Ihre Wirksamkeit — und damit auch die Rechte, die dritte Personen in der Zeit zwischen Aufhebung und Wiederaufnahme gegen den Gemeinschuldner erlangt haben —, muß jedoch prinzipiell trotz der Wiederaufnahme, und trotzdem diese im allgemeinen Fortsetzung des Erstkonkurses ist, anerkannt werden;[62]) denn der Gemeinschuldner hatte ja nach der Aufhebung des Erstkonkurses die volle Verfügungsfreiheit über die Masse wiedererlangt (§§ 190, 192 K. O.) und konnte deswegen gültige Rechtsgeschäfte abschließen.

Dem Zeitpunkt der Konkurseröffnung und dem Antrage hierauf entspricht bei der Anfechtung dieser Rechtshandlungen der Zeitpunkt der Wiederaufnahme und dem Antrage auf diese.

Im Übrigen unterscheidet der § 199 K. O. bei der Anfechtung von Rechtshandlungen des Gemeinschuldners, die zwischen Aufhebung und Wiederaufnahme liegen, zwei Gruppen von Fällen:

1) In der Zeit zwischen der Aufhebung des Erstkonkurses und der Wiederaufnahme hat eine erneuete Zahlungseinstellung — also auch möglicherweise ein Neukonkurs, obgleich dies nicht der Fall zu sein braucht (die Eröffnung kann wegen Mangels an Masse oder mangels des Kostenvorschusses abgelehnt sein), — stattgefunden.

In diesem Falle sind im Wiederaufnahmeverfahren schon anfechtbar diejenigen Rechtshandlungen des Gemeinschuldners, bei denen der andere Teil von dieser Zahlungseinstellung Kenntnis hatte; es ist also gleichgültig, ob er etwa von der späteren Verurteilung oder der Stellung des Wiederaufnahmeantrages keine Kenntnis hatte; er kann sich darauf nicht berufen.

2) Hat in der Zwischenzeit keine Zahlungseinstellung stattgefunden, so wird hinsichtlich der Anfechtung eine solche fingiert.

Als Tag der Zahlungseinstellung gilt nämlich in diesem Falle der Tag des ersten die Verurteilung des Gemeinschuldners wegen betrüg-

[62]) v. Völderndorff, Bd. 2 S. 636; v. Wilmowski, Anm. 1 zu § 198 S. 508.

lichen Bankerutts ausſprechenden Urteils (§ 199 K. O.), alſo der Tag der Verkündung nicht etwa der Rechtskraft dieſes Urteils, (wie dies noch in der preußiſchen Konkursordnung [§ 207] der Fall war), da letztere zu wenig erkennbar ſein und auch als ein zu ſpäter Zeitpunkt erſcheinen würde.[63])

Wer dieſes Urteil kennt, gilt als einer, der die Zahlungseinſtellung kennt. Soweit die Anfechtung in Frage kommt, hat alſo die Kenntnis der Verurteilung dieſelbe Wirkung wie die Kenntnis der Zahlungseinſtellung.

Selbſtverſtändlich, wenn auch im Geſetze nicht beſonders betont, iſt, daß auch derjenige, der zwar den Wiederaufnahmeantrag, nicht aber die Verurteilung kennt, hinſichtlich der Anfechtung ebenſo zu behandeln iſt, wie jemand, der den Eröffnungsantrag kennt.[64])

Dasſelbe wie für die Anfechtung gilt für die in dem Zeitraum zwiſchen Aufhebung des Erſtkonkurſes und der Wiederaufnahme desſelben entſtandenen Aufrechnungsbefugniſſe, ſoweit für die Zuläſſigkeit derſelben die Zahlungseinſtellung eine Rolle ſpielt, und ſie davon abhängen, ob der Erwerber der aufzurechnenden Forderung von der Zahlungseinſtellung keine Kenntnis hatte. Auch hier unterſcheidet der § 199 dieſelben beiden ſchon bei der Anfechtung erwähnten Gruppen von Fällen, ob nämlich vor der Wiederaufnahme eine erneute Zahlungseinſtellung ſtattgefunden hat oder nicht.[65]) Hat eine ſolche nicht ſtattgefunden, ſo wird ſie ebenfalls fingiert wie bei der Anfechtung von Rechtshandlungen, indem nämlich der Tag des erſten, die Verurteilung des Gemeinſchuldners ausſprechenden Urteils als Tag der Zahlungseinſtellung gilt. Kennt jemand die Verurteilung, ſo iſt ihm die Geltendmachung der Aufrechnung im wiederaufgenommenen Konkurſe ebenſo zu verſagen, wie wenn an dieſem Tage Zahlungseinſtellung erfolgt wäre und er hiervon Kenntnis erlangt hätte.

Hat dagegen ſchon vor der Wiederaufnahme eine erneute Zahlungseinſtellung ſtattgefunden, und hat er Kenntnis von dieſer gehabt, ſo iſt dieſer Zeitpunkt ausſchlaggebend. Auch für die Kenntnis von dem Antrage auf Wiederaufnahme gilt das oben bei der Anfechtung Geſagte. Sie hat für die Aufrechung im wiederaufgenommenen Konkurs dieſelbe Bedeutung wie im Erſtkonkurs die Kenntnis von dem Eröffnungsantrag (§ 55 Nr. 3 K. O.). Aufrechnungsbefugniſſe aus der Zeit des früheren Konkurſes, die zwar nach Konkurseröffnung, aber vor Konkursaufhebung entſtanden ſind, und die alſo im Erſtkonkurſe nicht aufgerechnet werden konnten, können jetzt im wiederaufgenommenen Konkurſe deswegen zur Aufrechnung gelangen, weil ſie vor der Wiederaufnahme begründet waren und die neuen Gläubiger zur Teilnahme an dem wiederaufgenommenen Konkurſe berechtigt ſind.

---

[63]) Motive II S. 428.

[64]) Fitting, S. 450; Hellmann, S. 560; Jäger, Anm. 1 zu § 199; Seuffert, S. 451.

[65]) Peterßen-Kleinfeller, Bem. 3 zu § 201; v. Völderndorff, Bd. 2, S. 636, 637.

VIII. Die an dem wiederaufgenommenen Konkurse teilnehmenden Gläubiger.

An dem wiederaufgenommenen Konkurse nehmen gemäß § 200 Abs. 1 K. O. zunächst teil diejenigen Gläubiger, für und gegen welche der Vergleich wirksam war, und zwar mit dem noch nicht getilgten Betrage ihrer ursprünglichen Forderungen.

In erster Linie kommen hier die Vergleichsgläubiger des Erstkonkurses in Frage. Gemäß § 197 K. O. ist der durch den Zwangsvergleich begründete Erlaß infolge der rechtskräftigen Verurteilung des Gemeinschuldners aufgehoben, die frühere Feststellung hat mithin in voller Höhe ihre Wirkung wieder erlangt, und falls die Forderungen nicht inzwischen durch einen außerhalb des Zwangsvergleichs liegenden Aufhebungsgrund getilgt sind, werden sie in voller Höhe berücksichtigt, abzüglich natürlich desjenigen Betrages, der bereits auf Grund des Zwangsvergleichs gezahlt ist.

Ist den Gläubigern solcher Forderungen die volle Akkordrate gezahlt, so sind sie trotzdem nicht befriedigt, sondern nehmen mit demjenigen Teil ihrer Forderungen teil, der vorher durch Erlaß getilgt war und nun wieder aufgelebt ist. Da ihre Forderungen in die Tabelle des früheren Konkurses eingetragen sind, ist auch jede derselben in voller Höhe eine titulierte im Sinne des § 146 Abs. 6 K. O., da alle Beschränkungen durch den Zwangsvergleich mit rückwirkender Kraft weggefallen sind.

Seuffert[66]) führt allerdings demgegenüber aus, daß im Falle der rechtskräftigen Verurteilung des Gemeinschuldners eine festgestellte Forderung ihrem ganzen Umfange nach deswegen nicht exequiert werden könne, weil die tabellarische Feststellung nur nach Maßgabe des Zwangsvergleichs Exekutionsfähigkeit habe. Es ist aber nicht einzusehen, weshalb in dem Falle, wo die dem Gemeinschuldner günstigen Wirkungen des Zwangsvergleichs durch die Verurteilung beseitigt werden, die Konkurstabelle nicht dieselben Wirkungen haben soll, die sie gehabt hätte, wenn das Verfahren nicht durch Zwangsvergleich beendet wäre; denn dieser schafft für die Gläubiger dem Gemeinschuldner gegenüber nicht einen neuen Schuldgrund; dies bleibt vielmehr nach wie vor die Tabelle; der Zwangsvergleich ergibt nur, zu welchem Betrage die festgestellte Forderung zur Befriedigung gelangt. Aus dieser Bedeutung der Tabelle muß gefolgert werden, daß sie im Falle der nachträglichen Beseitigung des Zwangsvergleichs, die ja rückwirkende Kraft hat, vollstreckbar bleibt, und zwar nunmehr auch im vollen Umfange der fest-

[66]) Seuffert S. 447.

gestellten Forderungen. Diesen Standpunkt vertritt auch die herrschende Meinung.[67])

Außer diesen Forderungen können die Vergleichsgläubiger ferner noch die bis zur Wiederaufnahme erwachsenden Zinsen und Kosten geltend machen (§ 63 Nr. 1 und 2 K. O.) und zwar als neue Forderungen, die sie in Gemäßheit des § 200 Abs. 2 K. O. anmelden müssen. Insoweit haben sie eine Doppelstellung: sie sind Gläubiger des Erstkonkurses und zugleich neue Gläubiger des wiederaufgenommenen Konkurses im Sinne des § 200 Abs. 2 K. O.

War ihnen nach Inhalt des Zwangsvergleichs eine Sicherheit aus dem Vermögen des Gemeinschuldners bestellt worden, so haftet diese ihnen bis zur Höhe der Akkordrate allein, nicht auch den neuen Gläubigern und nicht für den übrigen Teil ihrer Forderung. Sie haben also im wiederaufgenommenen Konkurse ein Absonderungsrecht an der bestellten Sicherheit den neuen Gläubigern gegenüber. Wie a. a. O.[68]) schon ausgeführt, könnten sie in einem neuen Konkurse nur ihre Ansprüche aus dem Zwangsvergleich anmelden und müßten mit dem Rest ausfallen, falls nämlich der Neukonkurs eröffnet war vor der Verurteilung des Gemeinschuldners.

Selbstverständlich behalten sie daneben alle die ihnen durch den Zwangsvergleich außerhalb des Konkursverfahrens bestellten Pfandrechte, Bürgschaften und sonstigen Sicherheiten. Diese werden durch die Wiederaufnahme in keiner Weise berührt.

Auch diejenigen nicht bevorrechtigten Gläubiger, die ihre Forderungen im Erstkonkurse nicht angemeldet hatten, sind zur Teilnahme an dem wiederaufgenommenen Konkurse berechtigt, weil ja auch gegen sie der Zwangsvergleich trotz der Nichtanmeldung wirksam gewesen ist gemäß § 193 K. O.

Ebenfalls können aus der Masse Befriedigung verlangen, die Vorrechts- und Massegläubiger des vorigen Verfahrens, soweit sie noch nicht befriedigt sein sollten.[69])

Das Gesetz redet zwar von den alten Vorrechts- und Massegläubigern nicht, weil es deren Befriedigung bezw. Sicherstellung nach § 191 K. O. voraussetzt.[70]) Soweit solche Gläubiger, weil sie den Voraussetzungen des § 191 K. O. nicht genügen konnten oder sich zu melden versäumten, aus Versehen oder aus bösem Willen unberücksichtigt geblieben waren, können sie im wiederaufgenommenen Verfahren ihre bevorzugte Rechtsstellung geltend machen.

---

[67]) Oetker, Fragen S. 76; Jäger Anm. 7 zu § 196; Petersen-Kleinfeller Bem. 1 zu § 197; Falkmann, Zwangsvollstreckung S. 81; Kohler im Archiv für zivil. Praxis Bd. 81 S. 397; Fitting § 50 Anm. 4; Motive S. 423 ff.

[68]) S.

[69]) v. Sarwey Nr. 2 zu § 186; v. Wilmowski Nr. 1 zu § 200; v. Völderndorff Bd. 2 S. 640: Stieglitz S. 617; Fuchs, Konkursprozeß S. 154: Petersen-Kleinfeller S. 607 Bem. 4.

[70]) Jäger § 200 Anm. 2; Oetker, Fragen S. 83; v. Wilmowski S. 510 Anm. 2 zu § 200.

Wollte man ihnen kein Teilnahmerecht geben, indem man die Worte „Gläubiger für und gegen welche der Zwangsvergleich wirksam war" dahin interpretierte, daß damit sämtliche übrigen Gläubiger per argumentum e contrario ausgeschlossen würden, so entspräche das, wie a. a. O. ausgeführt, nicht dem Zweck und Sinne der Wiederaufnahme.[71]) Aus dem Grundsatz der Konkursfortsetzung folgt vielmehr, daß auch diese Gläubiger an dem wiederaufgenommenen Konkurse teilnehmen können, wenn sie zur Teilnahme am Erstkonkurse berechtigt waren, und zwar in derselben Art und Weise wie in diesem.

Die Massegläubiger und die bevorrechtigten Gläubiger des früheren Konkurses sind deshalb Massegläubiger und bevorrechtigte Gläubiger des wiederaufgenommenen Verfahrens, weil ihre Gläubigereigenschaft im Augenblicke der Wiederaufnahme wiederauflebt; sie können also, falls sie noch nicht befriedigt sind, auch jetzt noch vorweg Befriedigung aus der Masse verlangen.

Auch Masseschulden, die früher ausscheiden mußten, weil sie dem Konkursverwalter nicht rechtzeitig bekannt wurden, können jetzt ebenfalls berücksichtigt werden. Soweit sie in dem früheren Verfahren aus prozessualen Gründen ausgeschlossen waren (§§ 57 und 172 K. O.) wird ihnen also jetzt eine neue Möglichkeit der Befriedigung eröffnet.

Soweit eine Sicherheit der bevorrechtigten Gläubiger aus dem Vermögen des Gemeinschuldners bestellt ist, sind sie in Ansehung dieser Sicherheit jetzt absonderungsberechtigt. Reicht diese zu ihrer Befriedigung nicht aus, oder verzichten sie auf die abgesonderte Befriedigung, so können sie für den Rest ihrer Forderung bezw. zu dem ganzen Betrage ihr Vorrecht geltend machen.

Schließlich sind auch die neuen Gläubiger des Gemeinschuldners gemäß § 200 Abs. 2 K. O. zur Teilnahme an dem wiederaufgenommenen Konkurse berechtigt, also diejenigen, deren Forderungen in der Zeit von der Eröffnung des Erstkonkurses bis zur Wiederaufnahme desselben entstanden sind. Insbesondere werden hier diejenigen in Betracht kommen, denen der Gemeinschuldner in der Zeit von der Aufhebung des Erstkonkurses an bis zur Wiederaufnahme etwas schuldig geworden ist, und deren Forderungen noch bestehen; denn diese Gläubiger durften im Vertrauen auf die zwischenzeitliche Verfügungsmacht des Schuldners — die Aufhebung des Konkurses war öffentlich bekannt gemacht — auf das in den aufgenommenen Konkurs fallende Vermögen bauen.

Auch diese neuen Forderungen bilden, selbst wenn sie nicht angemeldet werden, Konkursforderungen und unterliegen darum dem Verbote der Sondervollstreckung gemäß § 14 K. O. Aus dem Wortlaute des § 200 Abs. 2 K. O. „sind zur Teilnahme berechtigt" ist nicht zu entnehmen, daß diese Gläubiger auch nach freier Wahl Sondervollstreckung betreiben können. Wollen sie aus dem dem Konkurse unterliegenden Vermögen des Gemeinschuldners während der Dauer der

[71]) S. 14.

Wiederaufnahme Befriedigung erlangen, so müssen sie vielmehr ihre Ansprüche in diesem Verfahren als Konkursforderungen anmelden.

Allerdings haben sie keinen Anspruch auf Befriedigung aus einer für die Erfüllung des Zwangsvergleichs bestellten Sicherheit. Dies ist dahin zu verstehen, daß sie keinen Anspruch auf diejenigen Sicherheiten haben, die aus fremden Vermögen in Ansehung des Zwangsvergleichs bestellt sind, also aus einem Vermögen, das dem Gemeinschuldner nicht gehört.

Ist den Vergleichsgläubigern dagegen aus dem Vermögen des Gemeinschuldners, das dem Konkurse gemäß § 1 K. O. unterliegt, eine Sicherheit für ihre Akkordrate bestellt, so haben diese nur ein Absonderungsrecht daran; sind sie hinsichtlich ihrer Rate daraus befriedigt, so fällt ein etwa verbleibender Rest naturgemäß in die Konkursmasse des wiederaufgenommenen Verfahrens und dient auch zur Befriedigung der neuen Gläubiger.

Unter die neuen Gläubiger im Sinne des § 200 Abs. 2 K. O. fallen ferner auch diejenigen, denen der Gemeinschuldner während der Dauer des Erstkonkurses bis zu dessen Aufhebung etwas schuldig geworden ist.

Zwar sind Rechtshandlungen, die der Gemeinschuldner nach Eröffnung des Verfahrens vorgenommen hat, den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam. Diese Unwirksamkeit ist aber nur eine relative, soweit nämlich durch diese Rechtshandlungen das Interesse der Konkursgläubiger verletzt wird, soweit sie also die Teilungs- und Schuldenmasse zu deren Nachteil in Mitleidenschaft ziehen. Aber auch nur in dieser Beziehung sollen sie so angesehen werden, als wenn sie nicht vorgenommen wären. Dritte Personen oder gar der Gemeinschuldner dürfen sich auf diese Unwirksamkeit nicht berufen. Die Eigenschaft der Wiederaufnahme als Neukonkurs hat die Wirkung, daß diese Gläubiger jetzt als neue Gläubiger im Sinne des § 200 Abs. 2 K. O. zur Teilnahme berechtigt sind. Dies rechtfertigt sich auch dadurch, daß die Masse im Wiederaufnahmeverfahren eine andere ist wie im Erstkonkurse.

Im Übrigen haben die alten und die neuen Konkursgläubiger grundsätzlich gleiche Rechte an der Konkursmasse. Ihre Rangordnung untereinander richtet sich nach den gewöhnlichen Regeln (§ 61 K. O.), und werden sie sonst ebenso behandelt wie im gewöhnlichen Konkurse. Alle diesbezüglichen Vorschriften finden auch auf den wiederaufgenommenen Konkurs Anwendung. (§§ 64, 96, 153, 168 Nr. 3, 169 K. O.)

IX. Die Feststellung der Schuldenmasse und das Verteilungsverfahren.

Die Feststellung der Schuldenmasse findet mit geringen Abweichungen in derselben Weise statt, wie im gewöhnlichen Konkursverfahren gemäß § 138 ff. K. O.

Die neuen Gläubiger und diejenigen alten Gläubiger, die sich bisher nicht gemeldet hatten, haben ihre Forderungen gemäß § 139 ff. K. O. anzumelden und zur Prüfung zu bringen. Für sie ist auch das gesamte Anmeldungs- und Prüfungsverfahren gemäß §§ 141 bis 145 K. O. zu wiederholen.

Anders verhält es sich nur mit den früher bereits angemeldeten Forderungen. Diese brauchen nicht noch einmal angemeldet zu werden, sondern die im Erstkonkurse erfolgte Anmeldung behält ihre Wirkung auch für das wiederaufgenommene Verfahren. Sind sie früher auch schon geprüft, so bleibt, wie schon ausgeführt, das Ergebnis dieser Prüfung auch nach der Wiederaufnahme maßgebend. Eine nochmalige Prüfung findet in dem neuen Prüfungstermin nur in der Hinsicht statt, ob etwa inzwischen eine völlige oder teilweise Tilgung eingetreten ist.

Für den Umfang der Schuldenmasse ist hier analog der Eröffnung der Zeitpunkt der Wiederaufnahme entscheidend.

In derselben Weise wie im gewöhnlichen Konkurse findet auch das Verteilungsverfahren im wiederaufgenommenen Konkurse nach Abhaltung des Prüfungstermins statt. Die Vorschriften der §§ 149—159, 161—172 K. O. finden Anwendung. Auch hier gibt es Abschlagsverteilungen, Schlußverteilung und Nachtragsverteilung.

Zu beachten ist, daß die Vergleichsgläubiger des Erstkonkurses mit dem vollen Betrage ihrer ursprünglichen Forderungen teilnehmen, der sich nach Abzug des eventuell schon geleisteten Teiles der Akkordquoten ergibt, da diese ja gemäß § 197 K. O. im vollen Umfange wiederaufgelebt sind. Die im Wiederaufnahmeverfahren zu verteilenden Konkursdividenden sind für die Vergleichsgläubiger also in der Weise zu berechnen, daß die Dividende von dem gesamten Rest ihrer Forderung zu nehmen ist.[72]) Der bereits früher erhaltene Teil ihrer Akkordquote wird nicht auf die Dividende, sondern auf die ursprüngliche Forderung in Abzug gebracht. Eine der Kollation im Erbrecht ähnliche Verpflichtung besteht hier nicht. Die Gläubiger brauchen von dem, was sie in Ansehung des Zwangsvergleichs erhalten haben, in keinem Falle etwas zur Konkursmasse wieder zurückzugewähren.[73]) Hat z. B. ein Gläubiger eine ursprüngliche Forderung von 500 Mark gehabt, einen Zwangsvergleich auf 10 Prozent geschlossen, und von den akkordierten 50 Mark 20 Mark erhalten, so beträgt seine Konkursforderung im wiederaufgenommenen Verfahren 480 Mark. Wird jetzt eine Dividende von 10 Prozent verteilt, so erhält er 48 Mark. Die bereits in Ausführung des Zwangsvergleichs erhaltenen 20 Mark haben, außer daß die ursprüngliche Forderung von 500 Mark auf 480 Mark ermäßigt ist, keine weitere Wirkung für das Verteilungsverfahren im wiederaufgenommenen Konkurse.

---

[72]) Motive S. 1550.
[73]) Stieglitz S. 666 Bem. 1.

X. Die Beendigung des wiederaufgenommenen Konkurses.

Die Beendigung des wiederaufgenommenen Konkurses kann nur durch Einstellung oder durch Aufhebung des Konkursverfahrens erfolgen.

Hinsichtlich der Einstellung finden dieselben Vorschriften Anwendung, wie beim gewöhnlichen Konkursverfahren (§§ 202 bis 206 K. O.).

Sie hat zu erfolgen, wenn Konkursverzicht vorliegt (§ 202 Abs. 1 K. O.), der Gemeinschuldner also nach Ablauf der Anmeldefrist die Zustimmung aller vorhandenen Konkursgläubiger, welche Forderungen angemeldet haben, beibringt und selbst einen entsprechenden Antrag stellt. Das Konkursgericht beschließt sodann die Einstellung des Konkursverfahrens.

Auch vor dem Ablauf der Anmeldefrist kann auf Antrag des Gemeinschuldners das Verfahren eingestellt werden, wenn außer den Gläubigern, deren Zustimmung der Gemeinschuldner beibringt, andere Gläubiger nicht bekannt sind. (§ 202 Abs. 2 K. O.)

Weiter kann die Einstellung erfolgen wegen ungenügender Masse, (§ 204 K. O.), und zwar von Amtswegen zu jeder Zeit und ohne Antrag, wenn nach dem Ermessen des Gerichts eine den Kosten des Verfahrens entsprechende Masse nicht vorhanden ist. Der Vorschrift des § 107 K. O. entsprechend unterbleibt die Einstellung in diesem Falle jedoch, wenn ein zur Deckung der im § 58 Nr. 1 und 2 K. O., bezeichneten Massekosten ausreichender Geldbetrag vorgeschossen wird.

Schließlich kann das Wiederaufnahmeverfahren ebenso wie der Erstkonkurs beendet werden durch Aufhebung nach Abhaltung des Schlußtermins bezw. nach geschehener Schlußverteilung und zwar ebenfalls durch Beschluß gemäß § 163 K. O. Auch hier finden alle die Regeln Anwendung und treten dieselben Wirkungen ein wie bei Aufhebung des gewöhnlichen Konkursverfahrens.

Dagegen ist anders wie im Erstkonkurse die Beendigung des wiederaufgenommenen Konkurses durch Zwangsvergleich gemäß § 175 Nr. 3 K. O. unzulässig, weil das Verfahren als Fortsetzung des Erstkonkurses anzusehen und der Gemeinschuldner wegen betrüglichen Bankerutts verurteilt ist.[74]) Es wäre auch direkt widersinnig, die Beendigung des wiederaufgenommenen Konkurses durch Zwangsvergleich zu gestatten; denn die Verurteilung bildet die Grundlage des Wiederauflebens der durch den Erlaß im Zwangsvergleich getilgten Forderungen und der Wiederaufnahme des Verfahrens. Dem Gemeinschuldner sollen eben wegen seiner betrügerischen Manipulationen die Vorteile des Zwangsvergleichs entzogen werden. Würde man ihm gestatten, durch einen neuen Zwangsvergleich auch die Beendigung des Wiederaufnahmeverfahrens zu bewirken, so brauchte man den früheren Konkursgläubigern garnicht erst die Möglichkeit zu geben, ein solches herbeizuführen.

[74]) So sämtliche Kommentatoren.

Auch spätere Begnadigung kann den Unzulässigkeitsgrund aus § 175 Nr. 3 K. O. nicht aufheben, weil wie am a. O.[75]) ausgeführt, die Wiederaufnahme eine civilrechtliche Folge der auch im Falle der Begnadigung bestehenbleibenden Verurteilung, aber keine strafrechtliche Folge derselben ist.

Schließlich kommt für die Beendigung des wiederaufgenommenen Konkurses noch der Umstand in Frage, daß der wegen betrüglichen Bankerutts verurteilte Gemeinschuldner im Wege des Wiederaufnahmeverfahrens freigesprochen wird.

Die Wirkung der Freisprechung ist hier eine andere wie die der Begnadigung, weil durch die Freisprechung auch die frühere Verurteilung aufgehoben wird. Eine Einstellung oder Aufhebung des Konkurses lediglich aus diesem Grunde schreibt die Konkursordnung freilich nicht ausdrücklich vor, jedoch dürfte hier folgende Erwägung zur Aufhebung des Konkursverfahrens von Amtswegen in diesem Falle führen:

Mit der Freisprechung ist dem wiederaufgenommenen Konkursverfahren, das eine zivilrechtliche Folge der früheren Verurteilung war, die Grundlage entzogen, da die wesentlichste Voraussetzung desselben, nämlich der Wiederaufnahmegrund, fortgefallen ist. Die Sachlage ist jetzt so anzusehen, als ob der Gemeinschuldner von vornherein freigesprochen wäre. Die Freisprechung hat strafrechtlich, soweit die Verurteilung in Frage kommt, Wirkung ex tunc, und folgerichtig müssen m. E. auch die civilrechtlichen Wirkungen unter dem Gesichtspunkte angesehen werden, als wenn eine Verurteilung niemals stattgefunden hätte. Die im § 197 K. O. ausgesprochene Wirkung der Verurteilung, daß für alle Gläubiger der durch den Zwangsvergleich begründete Erlaß aufgehoben ist, fällt mithin jetzt wieder fort. Der damals abgeschlossene und rechtskräftig bestätigte Zwangsvergleich erlangt seine volle Giltigkeit wieder.

Schwebt also der wiederaufgenommene Konkurs noch, und wird während desselben der Gemeinschuldner im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochen, so muß danach das wiederaufgenommene Konkursverfahren, da es als Fortsetzung des Erstkonkurses anzusehen ist, nun gemäß § 190 K. O. aufgehoben werden; denn die hier verlangte Voraussetzung, nämlich das Vorliegen eines rechtskräftig bestätigten Zwangsvergleichs, ist gegeben.

War es bereits beendet, so ist die Rechtslage so anzusehen, als ob es überhaupt nicht stattgefunden hätte. In beiden Fällen würden also auch die dem entsprechenden materiellrechtlichen Folgen eintreten. Haben also beispielsweise die Vergleichsgläubiger des Erstkonkurses im Wiederaufnahmeverfahren bereits mehr erhalten, als ihnen nach dem Zwangsvergleich zustand, so kann der Gemeinschuldner dies jetzt von ihnen im Wege der Bereicherungsklage (condictio sine causa) wieder herausverlangen, weil der Erlaß wieder giltig geworden ist.

[75]) Seite 8.

Oetker[76]) vertritt allerdings den Standpunkt, daß bei Beseitigung des rechtskräftigen verurteilenden Erkenntnisses im Wiederaufnahmeverfahren der wiederaufgenommene Konkurs einzustellen sei, aber weder ex officio noch auf einseitigen Antrag des Gemeinschuldners, sondern nur gemäß § 202 ff. K. O.

Aus den aufgeführten Gründen ist dies m. E. nicht richtig, würde auch zu der unerfreulichen Konsequenz führen, daß das Verfahren niemals eingestellt werden könnte, wenn ein Konkursgläubiger seine Zustimmung verweigerte, sondern trotz des erfolgten Freispruchs fortgesetzt werden müßte.

In Erwägung zu ziehen wäre zum Schluß noch folgender Ausweg: Gegen den Wiederaufnahmebeschluß hatte der Gemeinschuldner gemäß § 73 Abs. 3 K. O. die sofortige Beschwerde. Die Notfrist von zwei Wochen (§ 577 Z. P. O.), binnen welcher diese einzulegen war, wird meistens abgelaufen sein, er könnte aber gemäß § 233 Z. P. O. binnen einer zweiwöchentlichen Frist (§ 234 Z. P. O.) nach Rechtskraft des freisprechenden Urteils im Wiederaufnahmeverfahren den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand stellen; diesem Antrage wäre stattzugeben, weil die Verurteilung wegen betrüglichen Bankerutts ein Ereignis ist, das er unter den gegebenen Umständen bei der Besonderheit des Falles durch die größte Sorgfalt weder vermeiden noch abwehren konnte, mithin als unabwendbarer Zufall im Sinne des § 233 Abs. 1 Z. P. O. anzusehen wäre.[77]) Sodann kann der Gemeinschuldner gegen den Wiederaufnahmebeschluß sofortige Beschwerde einlegen, welcher der Erfolg nach Fortfall der rechtskräftigen Verurteilung kaum versagt werden könnte. Der Wiederaufnahmebeschluß wäre dann aufzuheben. Der frühere Zwangsvergleich würde unabhängig davon auch hier nach der rechtskräftigen Freisprechung schon vorher seine volle Wirksamkeit wieder erlangt haben.

De lege ferenda wäre eine gesetzliche Vorschrift, über die Art der Beendigung des wiederaufgenommenen Konkurses, wenn der Gemeinschuldner im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochen wird, wünschenswert, da beide oben angedeuteten Wege nicht ganz unbedenklich sind.

Ebenso wäre es auch wünschenswert, über den Umfang der Konkursmasse im wiederaufgenommenen Verfahren eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung zu treffen. Daß Letzteres unterblieben ist, erklärt sich aus der Geschichte der Konkursordnung. Die §§ 198 bis 201 sind mit geringen Abweichungen, die hier nicht weiter in Betracht kommen, aus den §§ 188 bis 191 der Gemeinschuldordnung übernommen. Hier war die Frage über den Umfang der Konkursmasse insofern anders geregelt, als im Gegensatz zu § 1 der heutigen Konkursordnung auch das vom Gemeinschuldner während der Dauer des Konkursverfahrens erworbene Vermögen in die Konkursmasse fiel. Wurde

[76]) Oetker, Fragen S. 78, 79.
[77]) R. G. 8 S. 375, 409, 21 S. 15.

also der Konkurs wiederaufgenommen, so mußte das in der konkursfreien Zwischenzeit erworbene Vermögen des Gemeinschuldners zur Masse kommen, weil die Wiederaufnahme Fortsetzung des Erstkonkurses war, und das neuerworbene Vermögen mithin als während der Dauer desselben erworben anzusehen war.

XI. Verhältnis zwischen dem Antrage auf Wiederaufnahme des früheren Konkurses und dem Antrage auf Eröffnung eines Neukonkurses.

Es ist denkbar, daß neben dem Antrage auf Wiederaufnahme des Konkurses ein Antrag auf Eröffnung eines Neukonkurses beim Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen gestellt wird:

Die analoge Anwendung des § 71 Abs. 2 K. O. führt dazu, daß, wenn ein Antragsteller Wiederaufnahme, ein anderer Neueröffnung bei *demselben* Gerichte beantragt, der zuerst gestellte Antrag dem später gestellten vorgeht; ohne Rücksicht darauf, wie die Umstände sonst liegen mögen, ist die Priorität der Antragstellung allein entscheidend.[78]) Hat die Wiederaufnahme einmal stattgefunden, so ist während der Dauer derselben die Eröffnung eines neuen Konkurses, sei es bei demselben oder bei einem anderen zuständigen Gericht auch schon deshalb mit großen Schwierigkeiten verknüpft, weil dieser unter Umständen Teile derselben Masse erfassen würde; denn sowohl bei der Wiederaufnahme der früheren wie auch bei der Eröffnung eines neuen Konkurses ist Masse, was dem Gemeinschuldner zur Zeit der Wiederaufnahme oder der Eröffnung gehört. Von dem später eröffneten Verfahren konnten jedenfalls nur solche Gegenstände ergriffen werden, die nicht bereits zur Masse des zuerst eröffneten Verfahrens gehörten, z. B. Vermögen, das der Gemeinschuldner *nach* der Wiederaufnahme bezw. Eröffnung erworben hat, oder Gegenstände, deren Zuziehung zur Masse der Konkursverwalter des zuerst eröffneten Verfahrens abgelehnt hat (Grundstück, das mit Hypotheken überlastet ist). In den meisten Fällen wird jedoch die reinliche Scheidung beider Massen kaum möglich sein, weil manche Vermögensteile des Gemeinschuldners in jedem der beiden Verfahren zur Masse gezogen werden können. Man denke beispielsweise an den Fall, daß eine nach Beendigung des Erstkonkurses vorgenommene Rechtshandlung des Gemeinschuldners sowohl von dem Verwalter des wiederaufgenommenen wie auch von demjenigen des Neukonkurses angefochten wird und jeder das betreffende Vermögensstück

[78]) Jäger, Anm. 5 c zu § 198 S. 648. Oetker, Fragen S. 80. Seuffert, S. 449.

zur Masse des von ihm verwalteten Konkurses ziehen will. Wegen der Verwirrung, die zwei zu gleicher Zeit nebeneinander herlaufende Konkursverfahren im Gefolge haben würden, muß deshalb aus praktischen Gründen die Eröffnung eines neuen oder die Wiederaufnahme des früheren Konkurses solange unterbleiben, wie eins der beiden Verfahren anhängig ist.

Der Grundsatz von der Priorität der Antragstellung kann aber nur dann Platz greifen, wenn die Anträge bei *demselben* Gerichte gestellt werden. Ist von dem einen Gericht die Wiederaufnahme, von einem anderen die Eröffnung eines Neukonkurses beantragt, so kann weder das eine noch das andere Gericht vor Erlaß seines Beschlusses Ermittelungen darüber anstellen, ob irgendwo bereits vorher ein Neukonkurs bezw. die Wiederaufnahme eines früheren Konkurses beantragt ist. In diesem Falle ist, wenn von dem *einen* Gericht die *Eröffnung*, von dem *anderen* die *Wiederaufnahme* des Konkurses rechtskräftig beschlossen ist, analog dem Konflikte mehrerer Eröffnungsbeschlüsse derjenige Beschluß maßgebend, welcher zuerst die Rechtskraft beschreitet, nicht derjenige, welcher zuerst erlassen oder beantragt ist; denn die Wiederaufnahme des Konkurses ist selbst Konkurseröffnung insofern, als ein Konkursverfahren vorher nicht mehr besteht. Deshalb müssen auch die Vorschriften über die Kollision verschiedener Eröffnungsanträge zur Anwendung kommen.

Wohl liegt dann in der späteren Wiederaufnahme bezw. in der späteren Eröffnung des Neukonkurses ein Verstoß gegen das Prozeßgesetz. Dieser wird aber durch die Rechtskraft geheilt.

Die Entscheidung darüber, welcher Beschluß zuerst die Rechtskraft beschritten hat, steht nicht den Konkursgerichten, sondern dem im Instanzenzuge zunächst höheren Gerichte gemäß § 36 Nr. 5 Z. P. O. zu, weil mehrere rechtskräftige Beschlüsse vorliegen, und es einen andern Weg, den einmal wenn auch später rechtskräftig gewordenen Wiederaufnahme- bezw. Eröffnungsbeschluß zu beseitigen, nicht gibt.[79])

Die meisten Kommentare z. B. *Willenbücher*, *Peterßen-Kleinfeller*, *Wilmowski* und *Sarwey*[80]) vertreten allerdings den Standpunkt, daß der Antrag auf Wiederaufnahme des Konkurses den Vorrang vor dem Eröffnungsantrage habe und auch noch nach Eröffnung eines neuen Konkurses zulässig sei. Denn dieser sei Fortsetzung des Erstkonkurses. Letzterer sei aber früher eröffnet als der Neukonkurs und gehe infolgedessen vor. Da er dieselbe Masse ergreife wie der Neukonkurs, so müsse dieser dann nach § 204 K. O. eingestellt werden, weil für das neue Verfahren keine Masse vorhanden sein würde.

---

[79]) s. auch Seite 50 Abs. 5 und 7; nach welchen Grundsätzen dieses seine Entscheidung zu treffen hat, darüber vgl. S. 53.

[80]) *Willenbücher*, S. 260, Anm. 5 zu § 184; *Peterßen-Kleinfeller*, S. 606; v. *Wilmowski*, S. 508, Anm. 1 zu § 198; v. *Sarwey*, S. 823.

Sie übersehen dabei, daß die Wiederaufnahme nicht nur Fortsetzung des Erstkonkurses, sondern auch ebensosehr Neukonkurs ist. Deshalb ist auch die weitere Folgerung dieser Kommentare, daß der Neukonkurs sogar eingestellt werden müsse, wenn später die Wiederaufnahme beschlossen wird, nicht richtig.

Auch aus dem Gesetze[81]) ist dieser Vorrang nicht zu begründen, obwohl die alten Gläubiger sich bei der Eröffnung eines Neukonkurses zweifellos schlechter stehen als bei einer Wiederaufnahme des früheren, und es danach vielleicht der Billigkeit entsprechen würde, das Wiederaufnahmeverfahren dem Neukonkurs vorgehen zu lassen zu Gunsten dieser durch den betrüglichen Bankerutt und den Zwangsvergleich geschädigten Gläubiger. Die vom Zwangsvergleich betroffenen Gläubiger können beispielsweise im Neukonkurs nur die Akkordsumme, bezw. deren nicht erhaltene Rate, als gewöhnliche Konkursforderung anmelden, falls ihnen nicht gerade aus dem Vermögen des Gemeinschuldners eine Sicherheit bestellt war. In diesem Falle sind sie natürlich auch im Neukonkurs absonderungsberechtigt. Meist wird aber irgend eine dritte Person zu Gunsten des Gemeinschuldners die Sicherheitsleistung für die Forderungen aus dem Zwangsvergleich übernommen haben, und dann sind sie wegen ihrer Akkordrate dem Gemeinschuldner gegenüber im Neukonkurs gewöhnliche Konkursgläubiger; sie können dann den übrigen durch Erlaß im Zwangsvergleich weggefallenen Teil ihrer Forderung u. U. überhaupt nicht geltend machen.*)

Im wiederaufgenommenen Konkurs können sie dagegen wegen ihrer gesamten Forderung ohne Rücksicht auf den bewilligten Nachlaß Befriedigung beanspruchen; außerdem haben sie noch Absonderungsrechte hinsichtlich ihrer für den Zwangsvergleich bestellten Sicherheiten, soweit die Akkordrate in Frage kommt und soweit die Sicherheit aus dem dem Konkursverfahren unterworfenen Vermögen des Gemeinschuldners bestellt ist.

Von diesen Billigkeitsrücksichten sind offenbar die Kommentare ausgegangen, die der Wiederaufnahme einen Vorrang vor der Eröffnung eines Neukonkurses zugebilligt haben.

Unter diesen vertritt Kohler[82]) noch einen bemerkenswerten Standpunkt:

Er verlangt die Abgabe des neuen Konkurses an das frühere Konkursgericht, wenn der Neukonkurs durch ein anderes Gericht eröffnet ist, nachdem es bereits zur Wiederaufnahme gekommen war.

In ähnlicher Weise hält Wilmowski[83]) die Weiterverhandlung

[81]) So Oetker, Gdbg. S. 193. Seuffert, § 58 Anm. 2. Böldern-dorff, Bd. 2 S. 634.

*) Zuzugeben ist hier, daß diese Nachteile freilich nicht sehr groß sind, soweit Sicherheit bestellt ist.

[82]) Kohler, Leitfaden, S. 300.

[83]) v. Wilmowski, S. 508, § 198 Nr. 1.

eines inzwischen eröffneten Neukonkurses in dem wiederaufgenommenen Verfahren für richtig.

Allein weder für die Abgabe noch für die Weiterverhandlung findet sich im Gesetz eine Stütze; beide sind in der Konkursordnung nirgendwo vorgesehen. Wie sollte auch wohl das Gericht, an welches der Neukonkurs abgegeben ist, weiterverfahren?

Es hätte dann nebeneinander über dieselbe Masse den Neukonkurs und den wiederaufgenommenen Konkurs. Eine Vereinigung dieser beiden Verfahren sieht das Gesetz nicht vor; sie wäre auch mit Rücksicht auf die verschiedenartige Behandlung einiger Gläubigerkategorien (z. B. der vom Zwangsvergleich betroffenen Gläubiger) im Wiederaufnahmeverfahren und im Neukonkurse praktisch kaum durchführbar.

Auch wäre möglicherweise das für die Wiederaufnahme zuständige Gericht aus irgend einem Grunde, z. B., weil der Gemeinschuldner inzwischen seinen Wohnsitz geändert hat, für den von dem andern Gericht eröffneten Neukonkurs unzuständig und deswegen eine Verbindung der beiden Verfahren ausgeschlossen. Eins davon kann vielmehr zur Zeit nur stattfinden, und nach dem Grundsatze der Priorität würde das Wiederaufnahmeverfahren stattzufinden haben, während der Neukonkurs auf irgend eine Weise zu beseitigen wäre.

Für die Beendigung desselben käme aber nur Aufhebung oder Einstellung in Frage. Letztere kann aber deswegen nicht stattfinden, weil es eine Einstellung aus einem derartigen Grunde, sei es durch das eine oder das andere Gericht, nicht gibt. Wann eine solche stattzufinden hat, dafür gibt die Konkursordnung ganz bestimmte und eng umgrenzte Vorschriften in den §§ 202 ff., die wohl kaum extensiv interpretiert werden können.[84])

Selbst wenn man zugeben will, daß in diesem Falle die Einstellung erfolgen könnte, weil eine den Kosten des Verfahrens entsprechende Konkursmasse nicht vorhanden ist — denn die wird bereits durch die Wiederaufnahme konsumiert,[85]) — so könnte der Neukonkurs immer in den Fällen trotz alledem nicht eingestellt werden, in denen ein zur Deckung der im § 58 Nr. 1 und 2 K. O. bezeichneten Massekosten ausreichender Geldbetrag vorgeschossen würde.

Ebenfalls ist die Aufhebung des Konkurses aus diesem Grunde von der Konkursordnung nicht vorgesehen. Auch für diese gibt es nur die beiden Fälle nach Schlußverteilung oder nach rechtskräftiger Bestätigung eines Zwangsvergleichs. (§§ 163 und 190 K. O.)

Nach den oben entwickelten Grundsätzen, die auch von Jäger, Fitting und Hellmann[86]) vertreten werden, ist vielmehr auch hier

---

[84]) Aehnlich Oetker, Fragen S. 74.

[85]) So Peterßen-Kleinfeller, S. 606, Bem. 2; Stieglitz, S. 664, Anm. B u. a.

[86]) Jäger, S. 649, Anm. 5 zu § 198; Fitting, S. 451 § 50 Anm. 9; Hellmann, S. 556.

lediglich entscheidend, welcher Beschluß zuerst rechtskräftig wird. Dadurch wird jedes andere Verfahren und jedes andere Gericht solange ausgeschlossen, wie das zuerst rechtskräftig beschlossene Verfahren dauert; die hierdurch geschaffene Zuständigkeit, mag es sich nun um Wiederaufnahme des Konkurses oder um einen Neukonkurs handeln, ist deswegen eine ausschließliche, weil dieselbe Masse nicht von zwei Konkursverfahren zugleich ergriffen werden kann. Der einmal eröffnete Neukonkurs kann, falls der Eröffnungsbeschluß früher rechtskräftig ist als der Wiederaufnahmebeschluß, nur aus den in der Konkursordnung aufgeführten Gründen eingestellt oder aufgehoben und auch durch Zwangsvergleich beendet werden, nicht aber in irgend einer anderen Weise.

Noch einen anderen Standpunkt, wie beim Konflikte zwischen Eröffnungsbeschluß und Wiederaufnahmebeschluß zu entscheiden ist, vertritt Seuffert.[87])

Er läßt zwar zur Zeit auch nur ein Verfahren zu, wodurch für die Dauer desselben jedes andere ausgeschlossen wird. Nach ihm schließt aber schon das Gericht, bei dem zuerst die Wiederaufnahme oder Eröffnung beantragt wurde, jedes andere Gericht und Verfahren aus, ohne Rücksicht darauf, ob der Wiederaufnahmebeschluß des einen Gerichts oder der Eröffnungsbeschluß des anderen Gerichts zuerst rechtskräftig geworden ist.

Das ist zweifellos richtig für den Fall, daß das Gericht, bei dem der spätere Antrag gestellt ist, von dem Vorhandensein des eher gestellten Antrages bei dem anderen Gericht Kenntnis hat; dann hat das später angegangene Gericht den Antrag abzulehnen. Solche Kenntnis wird aber nur in wenigen Fällen vorliegen; denn meistens werden beide Gerichte Eröffnungs- und Wiederaufnahmebeschluß erlassen, und erst nach deren Rechtskraft wird sich herausstellen, daß zwei Konkursverfahren über dieselbe Masse anhängig sind.

Hier hat dann das höhere Gericht den Konflikt der mehreren Eröffnungsbeschlüsse zu entscheiden und zwar in der Weise, daß dasjenige Gericht für zuständig erklärt wird, dessen Beschluß zuerst die Rechtskraft beschreitet und nicht, wie Seuffert offenbar will, dasjenige, bei dem zuerst ein Antrag gestellt ist; denn wie oben ausgeführt, wird sowohl der Mangel, daß der Antrag später gestellt und auch der, daß der Beschluß ebenfalls später erlassen ist, durch die früher eintretende Rechtskraft geheilt.[88])

Möglich sind noch zwei weitere Fälle:

1. Zu derselben Zeit gehen bei demselben Gerichte ein Antrag auf Wiederaufnahme und ein solcher auf Eröffnung eines Neukonkurses ein. Hier stehen sich zwei unvereinbare, nach den

[87]) Seuffert, S. 449; ähnlich v. Völderndorff, Bd. 2, S. 634, Anm. 2 a.

[88]) Oetker, Fragen S. 80.

obigen Ausführungen aber völlig gleichberechtigte Ansprüche gegenüber. Das Gesetz gibt hier für die Entscheidung keine Vorschriften. Aus Billigkeitsrücksichten und aus praktischen Gründen würde hier eine Wiederaufnahme dem Neukonkurse vorzuziehen sein.

Der Billigkeit entspricht es, daß diejenigen Gläubiger, die infolge des betrüglichen Bankerutts des Gemeinschuldners besondere Nachteile erlitten haben, nach Möglichkeit so gestellt werden, wie sie sich ohne die strafbare Handlung gestanden haben würden. Das ist der Sinn und Zweck der Wiederaufnahme, und solange dem nicht positive Rechte, wie z. B. die Priorität des Antrags entgegen stehen, hat der Richter in Ermangelung anderer Auslegungsregeln in diesem Sinne seine Entscheidung zu treffen. Wie a. a. O.*) ausgeführt, ist ihre Stellung aber im Neukonkurse schlechter als im Wiederaufnahmeverfahren. Andererseits ist nicht zu verkennen, daß die Lage der neuen Gläubiger, die zur Teilnahme am Wiederaufnahmeverfahren berechtigt sind, insofern schlechter wird, als infolge der uneingeschränkten Teilnahme der alten Konkursgläubiger, die mit dem vollen Betrage ihrer Forderungen, nicht nur mit der Akkordrate, möglicherweise am Neukonkurse teilnehmen, die Konkursdividende dieser Gläubiger geringer wird. Dem besonderen Schutz gegenüber, den das Gesetz den alten benachteiligten Gläubigern gewähren will, müssen m. E. diese Rücksichten zurücktreten.

Außerdem fällt dieser Grund fort, wenn der Gemeinschuldner vor Eröffnung des Neukonkurses verurteilt wird. Denn dann leben die durch den Nachlaß im Zwangsvergleich getilgten Forderungen der alten Gläubiger wieder auf, und sie können auch unbeschadet etwaiger Absonderungsrechte Befriedigung in voller Höhe ihrer Forderungen verlangen, nehmen also auch mit dem im Zwangsvergleich erlassenen Teil ihrer Forderungen in derselben Weise wie die übrigen Gläubiger des Neukonkurses an der Dividende Teil.

Praktisch spricht ferner für die Wiederaufnahme, daß diese sich einfacher gestaltet, als ein Neukonkurs, weil dieser zum Teil eine überflüssige Wiederholung des im Erstkonkurs stattgefundenen Verfahrens mit sich bringen würde, während bei der Wiederaufnahme das Verfahren gemäß § 201 Abs. 1 K. O. nur soweit als nötig wiederholt zu werden braucht.

2. Bei *verschiedenen* Gerichten werden zu *gleicher Zeit* der Beschluß auf Wiederaufnahme und der Eröffnungsbeschluß *rechtskräftig*.

*) Seite 55—57.

Hier hat, wie oben ausgeführt, das im Instanzenzuge zunächst höhere Gericht über die Zuständigkeit zu befinden.

Die Entscheidung dürfte m. E. hier zu Gunsten desjenigen Gläubigers ausfallen, der zuerst seinen Antrag gestellt hat, sei es auf Wiederaufnahme des früheren oder auf Eröffnung eines neuen Konkurses. Auch hierüber bestehen keine Gesetzesvorschriften.

Formell stehen sich die beiden rechtskräftigen Beschlüsse gleichberechtigt gegenüber. Zwar war die Zuständigkeit desjenigen Gerichts, bei dem der Antrag zuerst gestellt war, kraft der Prävention begründet, diejenige des andern dadurch ausgeschlossen und dessen ganzes weiteres Verfahren unzulässig. Dieser Mangel ist aber durch die Rechtskraft geheilt. Trotzdem ist die Entscheidung nicht so zu treffen, wie wenn der Konkursrichter über zwei zu gleicher Zeit eingegangene Anträge (auf Wiederaufnahme und auf Neukonkurs) zu entscheiden hätte, weil hier dem vom Gesetz verfolgten Zweck der Wiederaufnahme das positive Recht der Prävention gegenüber steht.

Eine Entscheidung aus den oben angeführten Gesichtspunkten, daß nämlich der Wiederaufnahme der Vorzug vor einem Neukonkurse zu geben ist aus praktischen Gründen und aus Billigkeitsrücksichten, würde von dem höheren Gerichte nur dann zu treffen sein, wenn nicht nur beide Beschlüsse zu gleicher Zeit rechtskräftig geworden, sondern auch die entsprechenden Anträge ebenfalls zu gleicher Zeit gestellt wären, ein Fall, der in der Praxis wohl kaum jemals vorkommen wird.

XII. Die Wiederaufnahme des Konkurses nach Beendigung eines inzwischen eröffneten Neukonkurses.

Wie oben dargelegt, schließt die Wiederaufnahme den Neukonkurs und umgekehrt der Neukonkurs die Wiederaufnahme aus, solange eins der Verfahren dauert.

Nach Beendigung der Wiederaufnahme des früheren Konkurses ist ein Neukonkurs beim Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen stets zulässig. Ob dagegen nach Beendigung des inzwischen eröffneten Neukonkurses eine Wiederaufnahme des Erstkonkurses stattfinden kann auf Grund einer sich auf dieses Verfahren beziehenden rechtskräftigen

Verurteilung des Gemeinschuldners wegen betrüglichen Bankerutts, ist bestritten.

Oetker[89]) nimmt an, daß eine Konkursaufnahme nicht mehr möglich sei, wenn mittlerweise Eröffnung eines neuen Konkurses stattgefunden hat, und zwar nicht nur während der Dauer des neuen Konkurses, sondern auch dann nicht mehr, wenn der zwischenzeitliche Konkurs durch Aufhebung oder Einstellung bereits beendigt ist. Nach der ratio legis beziehe sich das letztere Verfahren als judicium universale auf das gesamte massefähige Vermögen und die gesamten Gläubiger und bezwecke eine umfassende, definitive Regelung der Schuldverhältnisse des Kridars. Der Vorbehalt, unter dem der erstere Konkurs beendet war, sei damit erledigt. Für den zweiten Konkurs komme der Vorbehalt in Betracht, falls dieser durch Zwangsvergleich beendet wäre. Wie die Rechtskraft des Aufnahmedekrets nicht nur alle vorhandenen Konkursaufnahmen, sondern auch zugleich alle Konkursansprüche konsumiere, ebenso konsumiere die Rechtskraft des Eröffnungsdekrets zugleich alle Konkursaufnahmeansprüche und verhindere nicht nur während des schwebenden Konkurses, sondern auch für alle Zukunft das Existentwerden von Konkursaufnahmeansprüchen mit Rücksicht auf den ersten Konkurs.

Diese Ansicht dürfte indessen dem Sinne der Konkursaufnahmevorschriften nicht entsprechen und in manchen Fällen deren Zweck, den früheren Konkursgläubigern durch die Wiederaufnahme eine Art restitutio in integrum zu gewähren, ihnen die Stellung nach Möglichkeit zurückzugeben, die sie vor Abschluß des Zwangsvergleichs hatten, illusorisch machen.

Es sind hier drei Fälle zu berücksichtigen:

1. Die Verurteilung des Gemeinschuldners findet statt, bevor ein Neukonkurs über dessen nach Abschluß des Zwangsvergleichs freigegebenes Vermögen beantragt ist. Damit ist der Wiederaufnahmeanspruch gegeben, nnd es kommt darauf an, ob zuerst ein entsprechender Antrag oder ein solcher auf Neukonkurs gestellt wird. Geschieht das Letztere, so findet ein neues Verfahren statt. An diesem nehmen die alten Konkursgläubiger zunächst mit der ihnen im Zwangsvergleich zugefallenen Quote ihrer Forderungen als Absonderungsberechtigte teil, soweit ihnen eine Sicherheit aus den dem Konkurse unterliegenden Vermögen des Gemeinschuldners bestellt ist. Da aber der Gemeinschuldner bereits vor Eröffnung des neuen Konkurses rechtskräftig verurteilt war, so ist auch ipso jure gemäß § 197 K O. der durch den Zwangsvergleich begründete Erlaß aufgehoben, und sind sie berechtigt, auch wegen dieses Teiles ihrer Forderungen ebenso wie mit dem Reste ihrer durch Absonderung nicht gedeckten Vergleichsquote an dem neuen Konkurse teilzunehmen, und zwar in derselben Weise und mit derselben Dividende

[89]) Oetker, Fragen S. 89. Oetker, Grbg. S. 193, 194. Ähnlich v. Völderndorff Bd. 2 S. 634.

wie die neuen Gläubiger. In diesem Falle ist also wie Oetker will der neue Konkurs ein judicium universale. Die alten Gläubiger sind in keiner Weise benachteiligt, ihre Lage ist nicht ungünstiger, wie wenn eine Wiederaufnahme stattgefunden hätte, an der ja auch die neuen Gläubiger das Recht der Teilnahme gehabt hätten. Mithin kann man hier allerdings der Ansicht Oetkers beitreten, und sagen, daß die ratio legis, durch den Konkurs (auch den Neukonkurs) eine völlige und definitive Regelung der Schuldverhältnisse des Kridars herbeizuführen, erreicht ist, und damit die Wiederaufnahme des ersten Konkursverfahrens als zwecklos nicht mehr zuzulassen sei. Die Frage, ob für eine spätere Wiederaufnahme eine genügende Masse vorhanden sein würde, und die Bestimmung über den Kostenvorschuß im § 198 K. O. ist hierbei zunächst nicht in Betracht gezogen. Diesen einen Fall hat Oetker offenbar nur im Auge gehabt.

Anders wird die Sachlage dagegen in den folgenden Fällen:

2. Wird der Gemeinschuldner rechtskräftig verurteilt, nachdem der Neukonkurs bereits eröffnet ist, also während dieses Verfahrens, so kann der Umstand eintreten, daß infolgedessen der durch Zwangsvergleich erlassene Rest der Forderung erst später als die übrigen Konkursforderungen angemeldet werden kann und deshalb bei einer Verteilung ausfällt, sei es nun, daß bereits das Schlußverzeichnis festgestellt ist, und die Forderung aus diesem Grunde im Konkurse nicht mehr geltend gemacht werden kann, oder daß die Anmeldung so spät bewirkt wird, daß die Abhaltung eines Prüfungstermins vor dem Ende des Konkurses nach Ansicht des Gerichts nicht mehr möglich, und deswegen die Forderung abschläglich zu bescheiden ist. Der Gläubiger kann hieran nichts ändern, weil er den Rest der Forderung erst dann anmelden kann, wenn der Gemeinschuldner rechtskräftig verurteilt ist; erst in diesem Augenblicke lebt der bislang durch Erlaß getilgte Rest wieder auf und kann zur Anmeldung gebracht werden.

Hier ist also die Stellung der alten Konkursgläubiger eine schlechtere; sie haben nicht die Möglichkeit den auf diese Weise gänzlich ohne ihr Verschulden ausfallenden Rest ihrer im Zwangsvergleich erlassenen Forderung in irgend einer Weise geltend zu machen.[90]) Auch hier kann von einem judicium universale, das auch den Gläubigern des Erstkonkurses in gleicher Weise gerecht wird wie den neuen Gläubigern, keine Rede sein. Es wäre deshalb eine große Unbilligkeit, wenn man den Gläubigern des früheren Verfahrens die Möglichkeit, nachträglich eine Wiederaufnahme desselben herbeizuführen, in diesem Falle versagen wollte.

3. Letzteres wird jedoch am deutlichsten in dem Falle, wenn die rechtskräftige Verurteilung des Gemeinschuldners wegen betrüglichen Bankerutts in Beziehung auf den ersten, durch Zwangsvergleich beende-

[90]) Ähnlich Peterßen-Kleinfeller S. 607 Bem. 7 zu § 201.

ten Konkurs erst dann eintritt, wenn auch bereits der inzwischen eröffnete Neukonkurs in irgend einer Weise beendet ist; denn in diesem Verfahren konnten die alten Konkursgläubiger nur ihre durch den Zwangsvergleich reduzierte Forderung, die ihnen zugebilligte Quote, geltend machen, deren weitere Reduzierung sie sich unter Umständen gefallen lassen mußten, falls sie nämlich als Absonderungsberechtigte aus den ihnen allein haftenden Sicherheiten an dem Vermögen des Gemeinschuldners nicht voll befriedigt waren, und der Rest ihrer Quote als gewöhnliche Konkursforderung behandelt wurde. Derjenige Teil ihrer Forderung, der im Wege des Zwangsvergleichs dem Gemeinschuldner erlassen war, kam für den Neukonkurs überhaupt nicht in Frage, weil er erst nach Beendigung dieses Verfahrens entstanden, d. h. im Momente der rechtskräftigen Verurteilung wieder aufgelebt war. Hatten sie schließlich die ihnen auf Grund des Zwangsvergleichs zustehende Rate vor Eröffnung des Neukonkurses bereits empfangen, so konnten sie dementsprechend in dem neuen Konkurse überhaupt nicht berücksichtigt werden, weil sie keine Forderung hatten. Infolge der Verurteilung können sie aber erst jetzt ihre vollen Forderungsbeträge geltend machen. Würde man hier sagen, daß der Wiederaufnahmeanspruch durch den Neukonkurs bereits konsumiert sei, so würde das dem Zweck der Wiederaufnahmevorschriften, daß die Verurteilung ihnen eine bessere Rechtstellung als den neuen Gläubigern geben soll, m. E. widersprechen; denn daß sie bislang keine Wiederaufnahme beantragen konnten, lag durchaus nicht in ihrer Schuld. Von einer definitiven Regelung der Schuldverhältnisse des Kridars kann also auch hier keine Rede sein.

Man könnte zu Gunsten der Oetker'schen Auffassung noch geltend machen, daß nach Beendigung des Neukonkurses, der ja auch das gesamte Vermögen des Gemeinschuldners umfaßt, für eine Wiederaufnahme des Erstkonkurses keine ausreichende Masse vorhanden ist.

Dies ist m. E. aber ebenfalls nicht immer zutreffend.

Das Gesetz sieht keine Frist vor, innerhalb welcher von der rechtskräftigen Verurteilung des Gemeinschuldners an gerechnet die Wiederaufnahme des Verfahrens beantragt werden muß. Es ist außerdem auch denkbar, daß eine erhebliche Zeit nach Beendigung des Neukonkurses die rechtskräftige Verurteilung in Beziehung auf den ersten Konkurs eintritt. Es besteht also in beiden Fällen die Möglichkeit, daß der Gemeinschuldner, der die freie Verfügung über sein Vermögen zurückerhalten hatte, sowohl in der Zeit von seiner rechtskräftigen Verurteilung bis zur Stellung eines Wiederaufnahmeantrags, als auch in der Zeit von der Beendigung des Neukonkurses bis zur rechtskräftigen Verurteilung auf irgend eine Weise neues Vermögen erworben hat. Es ist also keineswegs ausgeschlossen, daß nach Beendigung des Neukonkurses trotzdem ausreichende neuerworbene Masse vorhanden ist, die von einer Wiederaufnahme mitergriffen wird.

Aber selbst wenn dies nicht der Fall sein sollte, so beseitigt m. E. der klare und kaum mißzuverstehende Wortlaut des § 198 K. O. jeden Zweifel.

Wenn eben keine ausreichende Masse vorhanden ist, so genügt bei der Wiederaufnahme wie auch in jedem anderen Falle der Konkurseröffnung, daß ein zur Deckung der im § 58 Nr. 1 und 2 K. O. bezeichneten Massekosten ausreichender Geldbetrag vorgeschossen wird, um ohne Rücksicht auf den Umfang der Masse beim Vorliegen der übrigen Voraussetzungen einen Wiederaufnahmebeschluß zu erwirken.

Es dürfte m. E. mithin in den meisten Fällen, in denen inzwischen ein Neukonkurs eröffnet ist, nach Beendigung desselben eine Wiederaufnahme des früheren Konkurses im Interesse der Gläubiger des früheren Verfahrens liegen. Nur dann ist das nicht der Fall, wenn sie in dem neuen Konkurse hinsichtlich ihrer Forderungen, die sie in dem Erstkonkurs vor Abschluß des Zwangsvergleichs geltend gemacht haben, voll und ohne jegliche Einschränkung befriedigt sind.

Ist das der Fall, so wird eine Wiederaufnahme schon deswegen nicht stattfinden, weil niemand einen entsprechenden Antrag stellen würde.

Grundsätzlich ist deshalb, wie auch die meisten Kommentare[91]) mit Recht annehmen, die Wiederaufnahme des früheren Konkurses auf Antrag eines Konkursgläubigers möglich, auch wenn inzwischen ein Neukonkurs stattgefunden hat.

---

[91]) Fitting, S. 451 Anm. 9. Hellmann S. 556 Abs. 5. Jäger S. 649 Anm. c zu § 198. Petersen-Kleinfeller S. 532, 533 Anm. 1 zu § 183 bis 187. Seuffert S. 449 Abs. 5 und Anm. 4.